CNUDMI
COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI Anuario

Volumen XXXIII: 2002

Primera parte

NACIONES UNIDAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Anuario de la CNUDMI

Volumen XXXIII: 2002

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2003

NOTA

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

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

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

A/CN.9/SER.A/2002

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN vi

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

TRIGÉSIMO QUINTO PERÍODO DE SESIONES (2002) 3

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 35º período de sesiones (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002) (A/57/17) 3

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 49º período de sesiones (TD/B/49/15 (Vol. I)) 62

C. Asamblea General: informe de la Sexta Comisión relativo al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (A/57/562 y Corr.1) 63

D. Resoluciones 57/17, 57/18, 57/19 y 57/20 de la Asamblea General, de 19 de noviembre de 2002 65

Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos

I . ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL 81

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 35º período de sesiones (Viena, 19 a 30 de noviembre de 2001) (A/CN.9/506) 81

B. Documento de trabajo sobre el arreglo de controversias comerciales: disposiciones legales modelo sobre la conciliación comercial internacional - presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 35º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.115) 120

C. Nota de la Secretaría relativa al arreglo de controversias comerciales: proyecto de guía para la promulgación de la [Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional] de la CNUDMI – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 35º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.116) 145

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002 (A/CN.9/508) 171

E. Documento de trabajo relativo al arreglo de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita exigible para el acuerdo de arbitraje, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 36º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.118) 198

F. Documento de trabajo relativo a la solución de controversias comerciales: elaboración de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 36º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.119) 212

G. Compilación de observaciones recibidas de los gobiernos y de organizaciones internacionales acerca del proyecto de ley modelo sobre la conciliación comercial internacional (A/CN.9/513 y Add.1 y 2) . . 244

H. Proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/514) 262

II. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA 293

Informe del Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada acerca de la labor de su cuarto período de sesiones (Viena, 24 a 28 de septiembre de 2001) (A/CN.9/505) 293

III. DERECHO DE LA INSOLVENCIA 319

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 24º período de sesiones (Nueva York, 23 de julio a 3 de agosto de 2001) (A/CN.9/504 y Corr.1) 319

B. Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add.1 y 2) 359

C. Informe del Secretario General sobre enfoques alternativos de los procedimientos de insolvencia extrajudiciales - documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.55) 440

Página

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 25º período de sesiones (Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001) (A/CN.9/507) 457

E. Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.57) 515

F. Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.58) 538

G. Documento de trabajo relativo a los procedimientos oficiosos de insolvencia alternativos: observaciones de la Commercial Finance Association, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.59) 637

H. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 26º período de sesiones (Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2002) (A/CN.9/511) 640

I. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 26º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1 y 2) 666

J. Nota de la Secretaría relativa al informe sobre el cuarto Coloquio Judicial CNUDMI-INSOL sobre la Insolvencia Transfronteriza, 2001 (A/CN.9/518) 714

IV. COMERCIO ELECTRÓNICO 719

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de su 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) (A/CN.9/509) 719

B. Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico: los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales que rigen el comercio internacional, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.94) 744

C. Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico; contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención. documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.95) 778

D. Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico; contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención – observaciones de la Cámara de Comercio Internacional, documento presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.96) 822

V. GARANTÍAS REALES 841

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su primer período de sesiones (Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002) (A/CN.9/512) 841

B. Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add. 1 a 12) 866

C. Informe del Secretario General relativo al Coloquio Internacional CNUDMI – Commercial Finance Association (CFA) sobre las operaciones garantizadas (Viena, 20 a 22 de marzo de 2002), documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.3) 1003

D. Nota de la Secretaría relativa al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: observaciones del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.4) 1014

VI. DERECHO DEL TRANSPORTE 1020

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor realizada en su noveno período de sesiones (Nueva York, 15 a 26 de abril de 2002) (A/CN.9/510) 1020

B. Nota de la Secretaría relativa al anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su noveno período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.21) 1079

Página

C. Nota de la Secretaría relativa al anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías: observaciones de la Comisión Económica para Europa y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su noveno período de sesiones, adición (A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1) 1154

VII. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT) 1206

VIII. SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI 1207

Situación de las convenciones y Leyes Modelo (A/CN.9/516) 1207

IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA 1208

Formación y asistencia técnica (A/CN.9/515) 1208

Tercera parte. Anexos

I. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL 1219

II. GUIA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO Y PARA LA UTILIZACIÓN DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL 1223

III. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL DEDICADAS A LA PREPARACIÓN DEL PROYECTO DE LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL (A/CN.9/SR.739 a 752) 1225

IV. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI (A/CN.9/538) 1327

V. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI 1351

VI. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL *ANUARIO* 1359

INTRODUCCIÓN

El presente es el 33º 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 35º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002, 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 35º período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los Grupos de Trabajo de la Comisión, así como los estudios, informes y notas que les fueron presentados por el Secretario General y la Secretaría. En esta segunda parte figuran asimismo algunos de los documentos de trabajo que se prepararon para los Grupos de Trabajo.

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

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

---

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

Volumen	*Años*	*Publicación de las Naciones Unidas Nº de venta*
I	1968-1970	S.71.V.1
II	1971	S.72.V.4
III	1972	S.73.V.6
III Suplemento	1972	S.73.V.9
IV	1973	S.74.V.3
V	1974	S.75.V.2
VI	1975	S.76.V.5
VII	1976	S.77.V.1
VIII	1977	S.78.V.7
IX	1978	S.80.V.8
X	1979	S.81.V.2
XI	1980	S.81.V.8
XII	1981	S.82.V.6
XIII	1982	S.84.V.5
XIV	1983	S.85.V.3
XV	1984	S.86.V.2
XVI	1985	S.87.V.4
XVII	1986	S.88.V.4
XVIII	1987	S.89.V.4
XIX	1988	S.89.V.8
XX	1989	S.90.V.9
XXI	1990	S.91.V.6
XXII	1991	S.93.V.2
XXIII	1992	S.94.V.7
XXIV	1993	S.94.V.16
XXV	1994	S.95.V.20
XXVI	1995	S.96.V.8
XXVII	1996	S.98.V.7
XXVIII	1997	S.99.V.6
XXIX	1998	S.99.V.12
XXX	1999	S.00.V.9
XXXI	2000	S.02.V.3
XXXII	2001	S.04.V.4

Primera parte

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

TRIGÉSIMO QUINTO PERÍODO DE SESIONES (2002)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 35º período de sesiones (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002) (A/57/17) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-2	5
II.	Organización del período de sesiones	3-12	5
	A. Apertura del período de sesiones	3	5
	B. Composición y asistencia	4-8	5
	C. Elección de la Mesa	9	6
	D. Programa	10	6
	E. Establecimiento de un Comité Plenario	11	7
	F. Aprobación del informe	12	7
III.	Proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional	13-177	7
	A. Observaciones generales	13	7
	B. Título	14	7
	C. Examen de los proyectos de artículo	15-140	7
	D. Aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional	141	27
	E. Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional	142-177	28
IV.	Arbitraje	178-184	34
V.	Régimen de la insolvencia	185-197	35
VI.	Garantías reales	198-204	38
VII.	Comercio Electrónico	205-209	40
VIII.	Derecho del transporte	210-224	41

IX.	Proyectos de infraestructura con financiación privada	225-233	44
X.	Vigilancia de la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958	234-236	45
XI.	Aumento del número de miembros de la Comisión	237-239	46
XII.	Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI	240-243	47
	A. Jurisprudencia	240-242	47
	B. Resumen de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías	243	47
XIII.	Formación y asistencia técnica	244-251	48
XIV.	Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI	252-255	49
XV.	Resoluciones de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión	256-271	51
XVI.	Coordinación y cooperación	272-278	55
	A. Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana	272	55
	B. Instituto Internacional de Derecho para el Desarrollo	273-277	56
	C. Global Center for Dispute Resolution Research	278	57
XVII.	Otros asuntos	279-294	57
	A. Posible estudio del fraude comercial y financiero	279-290	57
	B. Bibliografía	291	60
	C. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis	292-293	60
	D. Sitio de la CNUDMI en Internet	294	60
XVIII.	Lugar y fecha de futuras reuniones	295-297	61
	A. 36º período de sesiones de la Comisión	295	61
	B. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo hasta la celebración del 36º período de sesiones de la Comisión	296	61
	C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo después de la celebración del 36º período de sesiones de la Comisión en 2003	297	61

Anexos

I.	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional	62
II.	Lista de documentos presentados a la Comisión en su 35º período de sesiones	62

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se refiere al 35º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002.

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 General y también a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo para que formule observaciones.

II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

A. Apertura del período de sesiones

3. La CNUDMI inició su 35º período de sesiones el 17 de junio de 2002. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas.

B. Composición y asistencia

4. En su resolución 2205 (XXI), la Asamblea General 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 24 de noviembre de 1997 y el 16 de octubre de 2000; 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 paréntesis[1]. Alemania (2007), Argentina (2004, que alterna anualmente con el Uruguay), Austria (2004), Benin (2007), Brasil (2007), Burkina Faso (2004), Camerún (2007), Canadá (2007), China (2007), Colombia (2004), España (2004), Estados Unidos de América (2004), ex República Yugoslava de Macedonia (2007), Federación de Rusia (2007), Fiji (2004), Francia (2007), Honduras (2004), Hungría (2004), India (2004), Irán (República Islámica del) (2004), Italia (2004), Japón (2007), Kenya (2004), Lituania (2004), Marruecos (2007), México (2007), Paraguay (2004), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2007), Rumania (2004), Rwanda (2007), Sierra Leona (2007), Singapur (2007), Sudán (2004), Suecia (2007), Tailandia (2004) y Uganda (2004).

5. Con excepción de Benin y Rwanda, 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, Australia, Belarús, Bulgaria, Chile, Chipre, Congo, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Gabón, Grecia, Guatemala, Indonesia, Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, Lesotho, Luxemburgo, Malta, Omán, Perú, Portugal, Qatar, República Checa, República de Corea, República Dominicana, Sudáfrica, Suiza, Turquía, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

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

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Banco de Desarrollo del África Oriental (BDAO), Corte Permanente de Arbitraje, Instituto Internacional de Derecho para el Desarrollo, Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana y Unión Asiática de Compensación;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: *American Bar Association*, Asociación

[1] De conformidad con lo dispuesto en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión son elegidos para desempeñar un mandato de seis años. De los miembros actuales, 19 fueron elegidos por la Asamblea General en su quincuagésimo segundo período de sesiones, el 24 de noviembre de 1997 (decisión 52/314), y 17 fueron elegidos en el quincuagésimo quinto período de sesiones, el 16 de octubre de 2000 (decisión 55/308). De conformidad con la resolución 31/99 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1976, ésta modificó las fechas de comienzo y expiración de la condición de miembros al decidir que éstos iniciaran su mandato al comienzo del primer día del período ordinario de sesiones anual de la Comisión que se celebrará después de su elección, y que su mandato expirara el día anterior a la apertura del séptimo período ordinario de sesiones anual de la Comisión que se celebrará después de su elección.

de Arbitraje de los Estados Unidos, Cámara de Comercio Internacional, Centro de Arbitraje de Rwanda, Centro de Resolución de Controversias México-Estados Unidos, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, *Chartered Institute of Arbitrators*, Comité Consultivo Internacional del Algodón, Comité Consultivo sobre el Artículo 2022 (Controversias mercantiles privadas) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), Comité Marítimo Internacional, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Escuela de Arbitraje Internacional, Federación Interamericana de Abogados, *Global Center for Dispute Resolution Research, Institute of International Banking Law Practice, Queen Mary (University of London)*, Unión Internacional de Seguros de Transporte, y Universidad de las Indias Occidentales.

8. La Comisión agradeció a las organizaciones no gubernamentales internacionales con experiencia en los temas principales del programa del período de sesiones en curso que hubieran aceptado la invitación a participar en las sesiones. La Comisión, consciente de la importancia fundamental que tenía para la calidad de los textos que preparaba que las organizaciones no gubernamentales que se ocupaban de esos temas participaran en sus 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 Mesa

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

Presidente:	Sr. Henry M. Smart (Sierra Leona)
Vicepresidentes:	Sr. Guillermo Francisco Reyes (Colombia)
	Sr. Lászlo Milassin (Hungría)
	Sr. Vilawan Manglatanakul (Tailandia)
Relator:	Sr. David Morán Bovio (España)

D. Programa

10. El programa del período de sesiones, aprobado por la Comisión en su 739ª sesión, celebrada el 17 de junio de 2002, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional.
5. Régimen de la insolvencia: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo V.
6. Garantías reales: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo VI.
7. Comercio electrónico: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo IV.
8. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III.
9. Proyectos de infraestructura con financiación privada: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo I.
10. Vigilancia de la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958.
11. Aumento del número de miembros de la Comisión.
12. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI (CLOUT).
13. Resumen de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
14. Formación y asistencia técnica.
15. Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI.
16. Resoluciones de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión.
17. Coordinación y cooperación.
18. Otros asuntos.
19. Lugar y fecha de futuras reuniones.
20. Aprobación del informe de la Comisión.

E. Establecimiento de un Comité Plenario

11. La Comisión se estableció como Comité Plenario para examinar el tema 4 del programa. La Comisión eligió Presidente del Comité Plenario al Sr. José María Abascal Zamora (México). El Comité Plenario se reunió del 17 al 25 de junio.

F. Aprobación del informe

12. En su 752ª sesión, celebrada el 25 de junio, y en sus sesiones 756ª y 757ª, celebradas el 28 de junio, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

III. PROYECTO DE LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Observaciones generales

13. La Comisión intercambió opiniones sobre la utilidad del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (la "Ley Modelo" (A/CN.9/506, anexo)) y las posibilidades de fomentar el uso de la conciliación tanto internacionalmente como en el plano interior y reforzar la ejecutoriedad de los acuerdos de transacción. Se observó con aprobación que el proyecto de ley modelo evitaba regular en demasía el procedimiento de conciliación y otorgaba una alta prioridad a la autonomía de la voluntad de las partes.

B. Título

14. La Comisión aprobó el título del proyecto sin que se formularan observaciones.

C. Examen de los proyectos de artículo

Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

15. El proyecto de artículo 1 examinado por la Comisión era el siguiente:

"1. Las presentes disposiciones legales modelo se aplicarán a la conciliación comercial[1] internacional[2].

2. Para los fines de la presente Ley Modelo, se entenderá por conciliación todo proceso, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les preste asistencia en su amigable tentativa de llegar a un arreglo de una controversia nacida o derivada de una relación contractual o de otra relación jurídica. El conciliador o el grupo de conciliadores no podrá imponer a las partes una solución de la controversia.

3. Una conciliación es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tienen, en el momento de celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o si

b) El Estado en que las partes tienen sus establecimientos no es:

i) ni el Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial;

ii) ni el Estado que esté más estrechamente vinculado a la cuestión objeto de la controversia.

4. A efectos del presente artículo:

a) Si una parte tiene más de un establecimiento, se considerará su establecimiento el que tenga una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Si una parte no tiene establecimiento, se tomará en consideración el lugar de residencia habitual de esa parte.

5. La presente Ley Modelo será también aplicable a toda conciliación comercial cuando las partes convengan en que es una conciliación internacional o cuando convengan en que la presente Ley Modelo sea aplicable.

6. Las partes pueden optar por excluir la aplicabilidad de la presente Ley Modelo.

7. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 8) del presente artículo, la presente Ley Modelo será aplicable independientemente del criterio conforme al cual se sustancie la conciliación, ya sea un acuerdo entre las partes concertado antes o después de que nazca la controversia, una obligación legal o un requerimiento o sugerencia de un tribunal judicial

o arbitral o de una entidad gubernamental competente.

8. La presente Ley Modelo no será aplicable a los casos en que:

a) un juez o un árbitro ponga en marcha, en el curso del procedimiento, un proceso de conciliación;

b) […].

[1] Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

[2] Los Estados que deseen que la Ley Modelo, una vez promulgada, sea aplicable tanto a los casos de conciliación nacional como a la conciliación internacional tal vez consideren útil modificar el texto del modo siguiente: […]"

Párrafo 1

16. Una sugerencia de redacción fue que el título del artículo 1 debía ser "Definiciones y ámbito de aplicación".

17. Se expresó cierta preocupación en cuanto a la aplicación de la Ley Modelo en el contexto de las normas de derecho privado internacional, y se sugirió que había que ocuparse cuidadosamente de la cuestión en la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo (llamada en adelante "la Guía o "el proyecto de guía"), para evitar que se interpretara erróneamente que la Ley Modelo se injería en las normas existentes sobre conflicto de leyes. Una inquietud relacionada fue la necesidad de alentar a los Estados a que adoptasen la Ley Modelo cambiando lo menos posible para velar por la uniformidad de su adopción, resultado que superaría la posibilidad de que se planteasen cuestiones de conflicto de leyes.

18. Otra inquietud que se manifestó se refería a la aplicación de la Ley Modelo a la conciliación comercial nacional e internacional y se puso en duda la conveniencia de que se aplicaran regímenes diferentes. Se recordó que se examinaron diferentes pareceres en el Grupo de Trabajo y la nota de pie de página 1 reflejaba el acuerdo sobre cómo debía abordarse esa cuestión para tener en cuenta las diferentes opiniones. La Comisión acordó aplazar sus debates y el contenido de la nota de pie de página 1 hasta que hubiera tenido la oportunidad de examinar una propuesta sobre las enmiendas que se necesitarían.

19. La Comisión aprobó el párrafo 1 sin modificaciones, a la espera del debate sobre el contenido de la nota de pie de página.

Párrafo 2

20. Se sugirió que en la Guía se indicara que, al interpretar el párrafo 20 del artículo 1 sería pertinente tener en cuenta la conducta de las partes que demostrase que comprendían que participaban en la conciliación.

21. Se aprobó el párrafo 2 sin modificaciones.

Párrafo 3

22. Se formuló la sugerencia de que había que invertir el orden de los incisos i) y ii) del apartado b) del párrafo 3 sobre la base de que en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 3 se enunciaba el principio general y que el inciso i) del apartado b) del párrafo 3 era un ejemplo concreto de ese principio general. Una opinión contraria era que, dado que en el inciso i) del apartado b) del párrafo 3 se indicaba el medio más directo de determinar la internacionalidad y que en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 3 se planteaban cuestiones más complejas de conflicto de leyes, debía mantenerse el orden existente. En apoyo de esa opinión, se observó que el texto actual reflejaba el debate del Grupo de Trabajo y era coherente con el enfoque adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. La Comisión aprobó el párrafo 3 sin modificaciones.

Párrafos 4 y 5

23. La Comisión aprobó los párrafos 4 y 5 sin que se formularan observaciones.

Párrafo 6

24. Una sugerencia que se formuló fue que las partes debían poder acordar aplicar la Ley Modelo en todo o en parte y que el párrafo 6 debía ser enmendado con ese fin. Se repuso señalando que el párrafo 6 se ocupaba de la cuestión de si se aplicaría o no la Ley Modelo y que el artículo 3 se ocupaba luego, en caso de que se aplicara, de la cuestión de si se aplicaría en todo o en parte. Tras un debate, la Comisión aprobó el párrafo 6 sin modificaciones.

Párrafo 7

25. La Comisión aprobó el párrafo 7 sin que se formularan observaciones.

Párrafo 8

26. En apoyo de aprobar el párrafo 8 como estaba redactado, se observó que el párrafo ni alentaría ni desalentaría la práctica de que un juez o árbitro facilitara una transacción en el curso de actuaciones judiciales o de arbitraje. Las prácticas a ese respecto diferían en los diversos ordenamientos jurídicos y se consideró prudente no injerirse en las normas de procedimiento que regían la conducta del juez o árbitro y disponer que la Ley Modelo no se aplicaría en esas situaciones. Se observó que algunos casos de la llamada "conciliación anexada" podían no estar claros si esa conciliación se efectuaba "en el curso de un procedimiento [...] judicial". Para esos casos, se sugirió que en la Guía se señalara a los Estados promulgantes la necesidad de aclarar en el acto de legislación que promulgase la Ley Modelo si esa conciliación se regiría por ese acto de legislación o no. Se señaló, no obstante, que la Ley Modelo podía aplicarse a las situaciones mencionadas en el párrafo 8 si las partes convenían conforme al párrafo 5 en que esa cuestión debía regularse en la Guía. Se observó que el apartado b) del párrafo 8 se puso para permitir a los países indicar otras situaciones en que podría no aplicarse la Ley Modelo y que en la Guía se darían ejemplos. Tras un debate, la Comisión aprobó sin cambios el párrafo 8.

27. La Comisión remitió el proyecto de artículo 1 al grupo de redacción.

Artículo 2. Interpretación

28. El proyecto de artículo 2 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
>
> 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley."

29. El proyecto de artículo 2 se aprobó sin modificaciones.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

30. El proyecto de artículo 3 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "A reserva de lo dispuesto en el artículo 2 y en el párrafo 3 del artículo 7, las partes podrán convenir en excluir cualquiera de las disposiciones de la presente Ley o en modificar su efecto."

31. Se hizo la propuesta de mencionar también en el artículo 3 el artículo 15. Una opinión contraria fue que el artículo 3 había de dejarse como estaba a fin de preservar la máxima autonomía de las partes. Otra observación conexa fue que, si bien las partes podían no acordar un nivel superior de ejecutoriedad que el que quedaba reflejado en el artículo 15, debían tener la libertad de convenir en un nivel más bajo. Aunque la Comisión aprobó ese parecer, se convino en que esas cuestiones debían ser ulteriormente examinadas en el contexto del examen del artículo 15. Se sugirió también que quizá el artículo 3 debía ser examinado más a fondo cuando se hubiera terminado el debate sobre todos los artículos de la Ley Modelo. La Comisión aprobó el proyecto del artículo 3, pendiente de un ulterior examen cuando se hubiera terminado el debate sobre los demás artículos.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación

32. El proyecto de artículo 4 examinado por la Comisión era el siguiente:

"Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación[3]

1. Salvo que las partes dispongan otra cosa, el procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden entablar ese procedimiento.

2. Si una parte que invitó a la otra a entablar un procedimiento de conciliación no recibe la aceptación de esta última en un plazo de 30 días a partir de la fecha en que se envió la invitación o en cualquier otro plazo especificado en la invitación, esa parte podrá considerar que la otra ha rechazado su oferta de conciliación."

[3] Los Estados que desearan adoptar una disposición sobre la suspensión del plazo de prescripción podrían tomar en consideración el texto siguiente:

Artículo X. Suspensión del plazo de prescripción

1) Al iniciarse el procedimiento conciliatorio, dejará de correr el plazo de prescripción en lo referente a la reclamación que sea objeto de la conciliación.

2) Si el procedimiento conciliatorio concluye sin solución, el plazo de prescripción comenzará a correr de nuevo a partir del momento en que la conciliación concluya sin transacción.

Nota de pie de página

33. Se expresaron diversas opiniones en cuanto al contenido y la colocación del proyecto de artículo X que figura en la nota de pie de página al proyecto de artículo 4. A favor de mantener una disposición del tenor del proyecto de artículo 4 en el texto de la Ley Modelo, se afirmó que, a falta de esa disposición, algunos ordenamientos jurídicos tratarían el inicio del procedimiento de conciliación como una interrupción del plazo de prescripción, el cual, al final de un intento frustrado de conciliación, volvería a correr de nuevo a contar del primer día. Para evitar ese resultado, se necesitaba una disposición concreta para establecer que el inicio del procedimiento de conciliación tendría como consecuencia únicamente una suspensión del plazo de prescripción. La opinión contraria era que, antes de aprobar una disposición del tenor del proyecto de artículo X, había que advertir a los Estados contra los riesgos inherentes a esta disposición. Se afirmó que establecer como una norma que el inicio del procedimiento de conciliación tendría como consecuencia la suspensión del plazo de prescripción haría necesario un alto grado de precisión sobre lo que constituía ese inicio. Exigir ese grado de precisión podría desatender la naturaleza fundamentalmente oficiosa y flexible de la conciliación. Se señaló que podía exponer a riesgos la aceptabilidad de la Ley Modelo si ésta tuviese injerencia en las normas de procedimiento vigentes relativas a la suspensión o la interrupción de plazos de prescripción. Además, la buena reputación de la conciliación como técnica de solución de controversias podría verse afectada si se creaban expectativas en relación con sus consecuencias procesales que no se pudieran satisfacer fácilmente, debido a las circunstancias en las que podía desarrollarse la conciliación. Se señaló también que debía informarse a los estados que consideraran la posibilidad de adoptar el artículo X de las posibilidades de que las partes conservaran sus derechos aun cuando no lo adoptaran, a saber, que una parte podía incoar un procedimiento en un tribunal nacional de arbitraje para proteger sus intereses. Se sugirió que el texto del proyecto de artículo X no debía aparecer como nota de pie de página al artículo 4, sino que debía ser objeto de tratamiento exclusivamente en la Guía con las explicaciones apropiadas respecto de los argumentos que se habían intercambiado acerca de esa disposición durante la preparación de la Ley Modelo.

34. Tras un debate, la Comisión aprobó sin cambios la nota de pie de página del proyecto de artículo 4. Se convino en que la Guía debía reflejar los pareceres opuestos que se habían expresado acerca de la conveniencia de promulgar el artículo X.

Párrafo 1

35. Se expresó la opinión de que el párrafo 1 no distinguía con suficiente claridad entre el momento en que las partes acordaban conciliarse (podía ocurrir mucho antes de que se presentara ninguna controversia) y el momento en que las partes decidían emprender la conciliación en el contexto de una controversia concreta. Como respuesta, se convino en general en que una disposición referente al inicio del procedimiento de conciliación no se adaptaba claramente a la etapa en que se había llegado a un acuerdo de recurrir en principio a la conciliación, sino al momento en que las partes ponían en marcha la conciliación respecto de una controversia determinada. No obstante, se convino también en que el texto podía

ser mejorado para evitar todo malentendido, añadiendo las palabras “respecto de esa controversia” al final del párrafo 1. El asunto se remitió al grupo de redacción.

Párrafo 2

36. Se expresó la preocupación de que quizá el párrafo 2 no proporcionara una solución satisfactoria, si antes de plantearse ninguna controversia, las partes hubiesen celebrado un acuerdo general de recurrir a la conciliación respecto de futuras controversias. Se afirmó que, en ese caso, cuando se plantease una controversia y una parte ya no desease recurrir a la conciliación, el párrafo 2 ofrecía a esa parte una oportunidad de desatender su obligación contractual simplemente no respondiendo a la invitación a conciliar dentro de 30 días. Se dijo, como respuesta, que la Ley Modelo se basaba en el criterio de que no debía intentarse obligar a ninguna de las partes a conciliar. Se observó que, de acuerdo con ese criterio, el artículo 12 permitía a todas las partes en el procedimiento de conciliación ponerle término unilateralmente. La finalidad del párrafo 2 no era permitir que se desatendiese ningún compromiso contractual de conciliar sino más bien aportar certidumbre en una situación en que no quedaba claro si la parte estaba dispuesta a conciliar (determinando el momento en que un intento de conciliación se estimaba que había fracasado), prescindiendo de si ese fracaso era o no una violación de un acuerdo para conciliar. Se convino, pues, que la Ley Modelo no debía ocuparse de las consecuencias de la omisión de una de las partes en cumplir un acuerdo para conciliar. Ese asunto debía ser tratado conforme al derecho general de las obligaciones aplicable en las circunstancias del caso.

37. Si bien la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2, se invitó al grupo de redacción a estudiar la posibilidad de expresar más claramente el criterio antes mencionado en el contexto del párrafo 2 y se decidió que se hicieran más aclaraciones en la Guía.

Artículo 5. Número de conciliadores

38. El proyecto de artículo 5 examinado por la Comisión era el siguiente:

> “El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber un grupo de conciliadores.”

39. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del proyecto de artículo 5 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 6. Designación de los conciliadores

40. El proyecto de artículo 6 examinado por la Comisión era el siguiente:

> “1. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto un único conciliador, las partes se esforzarán en ponerse de acuerdo para designar a ese conciliador.
>
> 2. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previstos dos conciliadores, cada una de las partes nombrará uno.
>
> 3. En todo procedimiento conciliatorio con tres o más conciliadores, cada una de las partes nombrará uno. Las partes procurarán ponerse de acuerdo para la designación de los demás conciliadores.
>
> 4. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona apropiada para la designación de los conciliadores. En particular:
>
> a) Toda parte podrá solicitar a tal institución o persona que le recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliadores; o
>
> b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.
>
> 5. Al hacer recomendaciones o al designar a personas para el cargo de conciliador, esa institución o persona se dejará guiar por consideraciones que sean conducentes al nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a la de las partes.
>
> 6. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante

todo el procedimiento conciliatorio, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya las haya informado de ellas.”

Párrafos 1 a 3

41. Se expresaron dudas acerca de la aplicabilidad de los párrafos 1 a 3, relativos a la designación de conciliadores, en el caso de conciliaciones con múltiples partes. Se observó que si bien en el párrafo 2 se enunciaba el principio general de que cuando haya dos partes cada una de ellas designará un conciliador, ese principio tal vez no resultara apropiado en los casos en que hubiera un gran número de partes. Frente a este argumento se sugirió que el artículo 6 se enunciara de forma más neutral e hiciera hincapié en la autonomía de las partes para nombrar conciliadores; no podía imponerse a las partes la elección de los conciliadores y si no podían ponerse de acuerdo sobre el conciliador, sería imposible sustanciar la conciliación. Esta solución neutral podría lograrse abordando la necesidad de las partes de llegar a un acuerdo sobre la identidad y el número de conciliadores que hubiera que designar o sobre un procedimiento con arreglo al cual debieran efectuarse los nombramientos. A fin de reflejar estas consideraciones, se propusieron las dos variantes siguientes:

Variante 1

“1. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto un único conciliador, las partes se esforzarán en ponerse de acuerdo para designar a ese conciliador.

2. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previstos dos o más conciliadores, las partes se esforzarán por designar de común acuerdo los conciliadores o por [acordar el procedimiento para la designación de los conciliadores] [definir la forma en que las partes designarán los conciliadores].”

Variante 2

“Las partes se esforzarán en llegar a un acuerdo para designar conjuntamente el conciliador o los conciliadores o para [convenir el procedimiento para la designación del conciliador o de los conciliadores] [definir la forma en que las partes designarán el conciliador o los conciliadores].”

42. Se observó que en la variante 1 se recogía el texto original del párrafo 1, referente al supuesto en que sólo se designara un único conciliador, y se modificaba el párrafo 2 para poner de relieve la necesidad de que, en una situación en que hubiera que nombrar dos o más conciliadores, las partes pudieran designarlo de común acuerdo o pudieran convenir un procedimiento para su designación. Se señaló que la variante 2 enunciaba, como principio general aplicable a todos los procedimientos sin referencia al número de conciliadores que debieran designarse, la necesidad de que las partes designaran de común acuerdo los conciliadores o convinieran un procedimiento para su designación.

43. La variante 1 recibió un amplio apoyo por estimarse que ofrecía un criterio más estructurado en lo relativo a la designación y mantenía la referencia al supuesto en que hubiera que nombrar dos conciliadores, lo cual constituía una importante distinción entre la conciliación y el arbitraje; en el arbitraje se hacía en general hincapié en que el número de árbitros fuera impar. Al mismo tiempo, se consideró que la variante 1 era suficientemente flexible para regular supuestos en que debieran designarse más de dos conciliadores, incluidos los procedimientos conciliatorios con múltiples partes. No obstante, se observó que en ambas variantes se eliminaba la idea inicial de que cada parte designara un conciliador, como preveía el párrafo 2 del proyecto de artículo 6, y se consideró que esta posibilidad debería reflejarse en la Guía como uno de los supuestos que previera el párrafo 2 de la variante 1. Según otra sugerencia, convendría incorporar de algún modo a la Guía la idea enunciada en el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, relativa al nombramiento de tres conciliadores. En el mismo orden de ideas, se propuso dividir el párrafo 2 de la variante 1 en dos frases. En la primera frase habría que regular la necesidad de que las partes llegaran a un acuerdo sobre la designación de los conciliadores. En la segunda frase habría que prever la posibilidad de que las partes convinieran también un procedimiento para la designación de los conciliadores; este enfoque pretendía abarcar la posibilidad enunciada en el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 en virtud del cual cada parte designaría un conciliador y las partes acordarían la forma de designar un tercer conciliador. Esta propuesta también recibió cierto apoyo.

44. Se propuso que se suprimiera la expresión “de común acuerdo” por estimarse que la designación

conjunta de los conciliadores era sólo una de las modalidades a que podían recurrir las partes, y se sugirió que se insistiera de forma más general en la necesidad de llegar a un acuerdo sobre la designación. Esta propuesta recibió un amplio apoyo.

45. Recibió un apoyo general la propuesta de adoptar el texto que figuraba en el primer corchete ("acordar el procedimiento para la designación de los conciliadores").

46. En cuanto a la redacción, se sugirió que el texto del párrafo 1 de la variante 1 ("ponerse de acuerdo para designar a ese conciliador") se ajustara al del párrafo 2 de la variante 1, referente al acuerdo sobre la designación de los conciliadores o sobre el procedimiento para su designación.

47. Tras un debate, la Comisión convino en adoptar la variante 1 suprimiendo la expresión "de común acuerdo", optando por el primer texto entre corchetes y armonizando los textos de los párrafos 1 y 2. (Con respecto a la continuación de los debates, véase el párrafo 53 *infra*).

Párrafo 4

48. La Comisión aprobó sin modificaciones el contenido del párrafo 4.

Párrafo 5

49. Se observó que, dado que se había optado por la variante 1 en la forma propuesta, podía haber que modificar las palabras "con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador" en el párrafo 5. La Comisión aprobó el contenido del párrafo 5.

Párrafo 6

50. Se propuso que la Comisión conviniera en la necesidad de que la Guía puntualizara que la no revelación de hechos que pudieran dar lugar a dudas justificadas en el sentido del párrafo 6 no debería constituir un motivo para rechazar un acuerdo de transacción que se añadiera a los motivos ya existentes en virtud del derecho contractual aplicable. Se señaló que esos motivos no estaban unificados y que correspondía a cada Estado regular la cuestión conforme a su propio derecho. Se señaló que la cuestión de la anulación del acuerdo de transacción no estaba vinculada a la cuestión de si un conciliador que no revelara esos hechos, deliberada o involuntariamente, debía ser objeto de sanciones.

51. En cuanto a la redacción, se sugirió que se agregaran las palabras "de las que tenga conocimiento" en relación con las circunstancias que deberían revelarse. Se replicó que el conciliador no podía revelar circunstancias de las que no tuviera conocimiento, por lo que estas palabras eran superfluas. La Comisión no adoptó las palabras sugeridas.

52. La Comisión remitió al grupo de redacción el texto aprobado del artículo 6.

53. Tras el examen de los proyectos de artículo 5 y 6, la Comisión aprobó la sugerencia de combinarlos en un proyecto de artículo que llevaría el número 5. La Comisión encomendó al grupo de redacción la tarea de preparar el proyecto de artículo combinado y hacer reflejar en éste el debate referido *supra* sobre los artículos 5 y 6.

Artículo 7. Sustanciación de la conciliación

54. El proyecto de artículo 7 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "1. Las partes gozarán de autonomía para determinar, por remisión a algún reglamento uniforme de la conciliación o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.
>
> 2. De no llegarse a un acuerdo sobre la forma en que deberá sustanciarse la conciliación, el conciliador o el grupo de conciliadores podrán sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estimen adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los eventuales deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.
>
> 3. En cualquier caso, al sustanciar el procedimiento, el conciliador o el grupo de conciliadores procurarán tratar a las partes con equidad y, al hacerlo, tendrán en cuenta las circunstancias del caso.
>
> 4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para resolver la controversia."

Párrafos 1 y 2

55. La Comisión aprobó sin modificaciones el contenido de los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

56. Se expresó el temor de que el párrafo 3 en su forma actual podía dar pie a una interpretación incorrecta, dando a entender que fijaba nuevos motivos para anular un acuerdo de transacción. Este malentendido podría producirse si se interpretara el párrafo 3 en el sentido de que era aplicable no sólo a la sustanciación del procedimiento conciliatorio sino también a su resultado, es decir, al acuerdo de transacción. Se sugirió que se suprimiera el párrafo 3 o que, en vez de suprimirlo en su totalidad, se le diera un carácter no imperativo en virtud del artículo 3, enmendándolo con la eliminación de las palabras "en cualquier caso" y complementándolo con explicaciones adecuadas en la Guía en que se puntualizara que el párrafo 3 no tenía la finalidad de crear un motivo de acción para impugnar el acuerdo de transacción.

57. No obstante, prevaleció con mucho la opinión de que el párrafo 3 debía considerarse una obligación fundamental y una regla mínima a la que todo conciliador tenía la obligación imperativa de atenerse.

58. Tras un debate, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 3. Se convino en que en la Guía habría que puntualizar que con el párrafo 3 se pretendía regular la sustanciación del procedimiento conciliatorio, pero no el contenido del acuerdo de transacción.

Párrafo 4

59. La Comisión aprobó el contenido del párrafo 4. Respecto de la redacción, se observó que convendría armonizar el texto del párrafo 4 con los de los párrafos 2 y 3 haciendo referencia no sólo al "conciliador" sino también al "grupo de conciliadores".

60. La Comisión remitió al grupo de redacción el texto adoptado del artículo 7.

Artículo 8. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

61. El proyecto de artículo 8 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas."

62. El debate se centró en las palabras iniciales del proyecto de artículo ("A menos que las partes convengan otra cosa"). Se expresó la opinión de que, habida cuenta de la referencia general a la autonomía de las partes que figuraba en el artículo 3, las palabras iniciales del artículo 8 eran superfluas y deberían suprimirse tanto del proyecto de artículo 8 como de otras disposiciones del proyecto de ley modelo en que también aparecían. Prevaleció la opinión de que, si bien los términos generales del artículo 3 hacían innecesario evocar la autonomía de las partes en cada una de las disposiciones que pudieran modificarse por vía contractual, las referencias a las excepciones contractuales respecto del proyecto de ley modelo habría de revisarse caso por caso. Con respecto al proyecto de artículo 8, se decidió omitir las palabras iniciales por considerarse superfluas.

63. La Comisión remitió al grupo de redacción el texto aprobado del artículo 8.

Artículo 9. Revelación de información entre las partes

64. El proyecto de artículo 9 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "Si el conciliador o el grupo de conciliadores o un miembro del grupo recibe de una de las partes información relativa a la controversia, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. Sin embargo, el conciliador o el grupo de conciliadores no podrá revelar la información que reciba de una de las partes, si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial."

Título

65. Se observó que el título del proyecto de artículo no reflejaba adecuadamente el alcance de la disposición, en la que no entraban los intercambios directos de información entre las partes pero sí la información revelada al conciliador por una parte (y posiblemente revelada por el conciliador a otra parte). Se convino en que, de conformidad con lo dispuesto en

el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, el título fuera el siguiente: “Revelación de información”.

Referencia a “información relativa a la controversia”

66. Se expresó la opinión de que la referencia a “información relativa a la controversia” era demasiado restrictiva. Se opinó que, al sustanciar el procedimiento conciliatorio, el conciliador tal vez considerara útil comunicar a una parte la información recibida de otra parte que pudiera propiciar una transacción, aunque esta información no estuviera directamente relacionada con la controversia. Como ejemplo se citó la información relativa a las prácticas de una parte en materia de precios. Por consiguiente, se sugirió que se suprimieran las palabras “relativa a la controversia”. La Comisión desestimó esta sugerencia.

Referencia a “podrá revelar”

67. Se planteó la cuestión de si era apropiado disponer que el conciliador podía revelar a una parte el contenido de la información recibida de otra parte. En particular, se puso en tela de juicio la asignación de tal facultad al conciliador por estimarse que tal vez con ello el conciliador podría incumplir la obligación de tratar a las partes en pie de igualdad. Frente a este argumento se explicó que la finalidad del proyecto de artículo 9 era establecer una facultad discrecional que permitiera al conciliador actuar de la manera más propicia para resolver la controversia.

68. Ciertos países expresaron preocupación con respecto al criterio en que se basaba el proyecto de artículo 9, que se consideraba anticuado. Se argumentó que, a falta de acuerdo en contrario, el requisito de que el conciliador mantuviera estrictamente confidencial la información comunicada por una parte constituía el único modo de garantizar la franqueza y la sinceridad en las comunicaciones durante el proceso conciliatorio. Se indicó que esa norma de confidencialidad estaba en consonancia con las prácticas de conciliación seguidas en determinados países (A/CN.9/487, párr. 131). Se propuso que se enmendara el proyecto de artículo 9 para que dijera lo siguiente: “Si el conciliador, el grupo de conciliadores o un miembro del grupo recibe de una parte información relativa a la controversia, el conciliador o el grupo de conciliadores no podrá revelar esa información a ninguna otra parte a menos que la parte que haya proporcionado la información consienta expresamente en ello” (véase A/CN.9/506, párr. 78).

69. La Comisión respondió a este argumento reiterando la preferencia del Grupo de Trabajo por la opinión que había predominado en sus períodos de sesiones 34º y 35º, conforme a la cual el proyecto de artículo 9 debía asegurar la circulación de la información entre los diversos participantes en el proceso conciliatorio. Se señaló que el requisito de exigir el consentimiento de la parte que haya proporcionado la información antes de que el conciliador pueda comunicarla a la otra parte no se aplicaba en algunos países y eso quedaba reflejado en el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (A/CN.9/487, párr. 132, y A/CN.9/506, párr. 79), pero que era práctica establecida en otros países.

70. No obstante, a fin de tener en cuenta las expectativas naturales y legítimas de las partes de que la información que comuniquen a los conciliadores se mantenga confidencial, se llegó a un amplio acuerdo de que en la Guía se recomendara a los conciliadores que informaran a las partes de que el conciliador podría revelar toda información que se le comunicara a menos que recibiera instrucciones en sentido contrario (véase el párrafo 161 *infra*).

Referencia al “contenido de esa información”

71. Se sugirió que se modificaran estas palabras sustituyéndolas simplemente por las palabras “esa información”. Se replicó que el texto actual, que se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, era preferible a fin de no imponer al conciliador la obligación onerosa de dar a conocer al pie de la letra toda información recibida de las partes (A/CN.9/506, párr. 81). La Comisión desestimó esta sugerencia.

Referencia a “la otra parte”

72. Se señaló que la redacción del proyecto de artículo 9, donde aparecían las palabras “a la otra parte”, no tenía en cuenta los supuestos en que en el procedimiento de conciliación intervinieran múltiples partes. A fin de evitar ambigüedades y de prever los casos en que pudiera haber más de una parte, se sugirió que se sustituyeran las palabras “a la otra parte” por las palabras “a cualquier otra parte”. La Comisión tomó nota con beneplácito de la sugerencia.

73. Tras un debate, la Comisión remitió al grupo de redacción el texto aprobado del artículo 9.

Artículo 10. Deber de confidencialidad

74. El proyecto de artículo 10 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "A menos que las partes convengan otra cosa, todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio tendrán carácter confidencial, salvo en los casos en que su revelación esté prescrita por ley o sea necesaria con fines de ejecución y cumplimiento de un acuerdo de transacción."

75. Se expresó la preocupación de que, dada la amplia definición de conciliación que figura en el artículo 1 del proyecto de ley modelo, el actual proyecto de artículo 10 podría hacer incurrir en responsabilidad a una persona que no fuera un conciliador profesional a la que se pidiera que interviniera para facilitar la transacción en una controversia en circunstancias informales en que ni las partes interesadas ni la persona a la que se recurriera como conciliador tuvieran conocimiento alguno de la aplicación de la Ley Modelo o de lo que se esperaba de ellas en una conciliación comercial internacional. Si bien parte de la solución del problema podría radicar en las sanciones aplicables en virtud del derecho interno por incumplimiento del deber de confidencialidad, era importante proteger a las partes no informadas y a los terceros, más que a los conciliadores profesionales que conocían bien las cuestiones relativas a la confidencialidad. Se observó que algunos países ya se habían percatado del problema y lo habían resuelto formulando una definición de menor alcance de la conciliación que limitaba los supuestos en que se planteara ese deber. No obstante, dada la amplia definición adoptada por la Comisión en el proyecto de ley modelo, se propuso que el proyecto de artículo 10 fuera únicamente aplicable "cuando las partes convinieran en ello". Se opinó, por otra parte, que en el proyecto de ley modelo debería enunciarse una regla de confidencialidad que correspondiera a las expectativas generales de las partes en el procedimiento de conciliación, que daban por sentado que el procedimiento era confidencial, sin necesidad de que tuvieran que abordar explícitamente la cuestión en su acuerdo de conciliación; con esta enmienda, si las partes no abordaban el problema, no habría ningún deber de confidencialidad. En el mismo orden de ideas, se consideró que el deber de confidencialidad debería aplicarse con criterio amplio y estar sujeto a las limitaciones enunciadas en el proyecto de artículo.

76. Ante las objeciones que planteaba el texto, se propuso también que se eliminaran del título las palabras "deber de" y que en la Guía se diera una explicación del siguiente tenor:

> "Al redactarse este artículo se ha pretendido que cuando un tribunal de cualquier índole estudiara una alegación, conforme a la cual una persona no había cumplido el artículo 10, tuviera que tomar en consideración las pruebas sobre la conducta de las partes que demostraran que éstas conocían o desconocían la existencia de un procedimiento conciliatorio con la consiguiente obligación de mantener la confidencialidad. Los Estados que promulguen la Ley Modelo tal vez deseen aclarar el sentido del artículo 10 para reflejar esta interpretación."

77. Esta propuesta recibió un apoyo general. Sin embargo, se observó que la segunda frase de la explicación daba a entender que de hecho el proyecto de artículo no cumplía con su objetivo, por lo que convendría suprimir esa frase. No obstante, hubo opiniones a favor de mantener en el texto la idea que recogía la frase, ya que en algunos Estados era necesaria esta aclaración, pero se reconoció que cabía interpretarla de aquel modo y, por consiguiente, se sugirió que se enmendara la frase para que dijera: "Al promulgar la Ley Modelo, determinados Estados tal vez deseen hacer una aclaración respecto del artículo 10 para reflejar esa interpretación". La propuesta recibió apoyo. Se sugirió otra enmienda del título del artículo 10 consistente en que se le agregaran las palabras "de la conciliación".

78. Se estimó que la explicación sugerida para la Guía con respecto al proyecto de artículo 10 podía ser también pertinente para otros artículos, como el proyecto de artículo 11, con miras a determinar la cuestión general de si se había iniciado o no un procedimiento conciliatorio. En apoyo de esta opinión, se observó que habría que aclarar también en el comentario de la Guía sobre el artículo 1 las circunstancias que debían darse para considerar que existía un procedimiento de conciliación.

79. Se consideró que había cierta confusión para determinar quién debía observar el deber de confidencialidad y si el proyecto de artículo era aplicable a las partes, al conciliador y a los terceros, incluidos los que estuvieran encargados de administrar un procedimiento conciliatorio. Se replicó que el proyecto de artículo 10 tenía un alcance más amplio que el proyecto de artículo 9 y que se aplicaba a "toda la información relativa al procedimiento conciliatorio", independientemente de quien dispusiera de esa información.

80. Recibió cierto apoyo la idea de suprimir las palabras "a menos que las partes convengan otra cosa", ya que eran superfluas al estar presente el artículo 3. Tras el debate, sin embargo, prevaleció la opinión de que debían mantenerse en el texto con objeto de reforzar en ese contexto el principio de la autonomía de las partes.

81. La Comisión aprobó el contenido del artículo 10 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

82. El proyecto de artículo 11 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "1. A menos que las partes acuerden otra cosa, la parte que participe en un procedimiento conciliatorio o un tercero, incluido un conciliador, no invocará ni presentará como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial lo que figura a continuación; tampoco prestará declaración ni aportará pruebas en tales procedimientos sobre:
>
> *a)* La invitación de una parte a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una parte esté dispuesta a entablar tal procedimiento;
>
> *b)* Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;
>
> *c)* Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;
>
> *d)* Las propuestas presentadas por el conciliador;
>
> *e)* El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;
>
> *f)* Un documento preparado exclusivamente a los efectos del procedimiento conciliatorio.
>
> 2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable con independencia de la forma que revistan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.
>
> 3. El tribunal arbitral o judicial u otra entidad gubernamental competente no ordenará la divulgación de la información a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, y tal información, de ofrecerse como prueba en contravención del párrafo 1 del presente artículo, será tenida por inadmisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo exija la ley o a efectos de aplicación o cumplimiento de un acuerdo de transacción.
>
> 4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo serán aplicables con independencia de si el procedimiento arbitral, judicial u otro procedimiento similar guarda o no relación con la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento de conciliación.
>
> 5. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna prueba que sea por lo demás admisible en un procedimiento arbitral o judicial dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación."

Párrafo 1

83. Se observó respecto de las palabras "o un tercero" que en el párrafo 61 del proyecto de guía se indicaba que esas palabras se utilizaban para aclarar que toda otra persona (por ejemplo, un testigo o experto) que hubiera participado en el proceso de conciliación debía quedar comprendido en el párrafo 1. Para reflejar mejor esa idea, se propuso que las palabras "o un tercero" debían desplazarse para que el párrafo dijera: "a menos que las partes, una parte o un tercero que participó acuerden otra cosa ...". Otra propuesta fue que las palabras "incluido un conciliador" se trasladaran a la misma posición. Respondiendo a esas sugerencias, se planteó la inquietud de que la redacción no comprendería a

terceros, incluido el personal que trabajaba en una institución de conciliación, que podría obtener información del tipo a que se refería el artículo 11, pero que no participaban ellos mismos directamente en el procedimiento. Se expresó apoyo a favor de incluir a esas personas dentro del ámbito del párrafo 1, aunque se reconoció que en algunos casos la información proporcionada por uno de esos terceros podría no ser, conforme a la ley aplicable, admisible en procedimientos arbitrales, judiciales o análogos.

84. Tras un debate, la Comisión acordó que el párrafo 1 debía comprender las partes en la conciliación, los conciliadores y terceros, hubiesen o no participado en el procedimiento, incluidos los de una institución de conciliación encargada de la administración del procedimiento.

85. Como asunto de redacción, se sugirió que el apartado b) debía decir, en el texto inglés, "made by a party in the conciliation" en lugar de "to the conciliation".

86. La Comisión aprobó el contenido del párrafo 1.

Párrafo 2

87. La Comisión aprobó el contenido del párrafo 2 sin que se formulasen observaciones.

Párrafo 3

88. Se planteó una inquietud en cuanto al significado de la mención de "la ley" en la segunda oración del párrafo 3 y si se entendía que abarcaba tanto las decisiones judiciales como la legislación, a la vez que se expresaba una preferencia de que se limitara a la legislación. Se observó como respuesta que se trataba de un asunto de interpretación y podía tratarse en la Guía.

89. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 3.

Párrafos 4 y 5

90. La Comisión aprobó el contenido de los párrafos 4 y 5 sin que se formularan observaciones.

91. La Comisión remitió el artículo 11 que se había aprobado al grupo de redacción.

Artículo 12. Conclusión de la conciliación

92. El proyecto de artículo 12 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "El procedimiento de conciliación se dará por concluido:
>
> *a)* Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;
>
> *b)* Al efectuar el conciliador o el grupo de conciliadores, previa consulta con las partes, una declaración por escrito en la que se haga constar que ya no ha lugar a que prosigan los esfuerzos de conciliación, tras la fecha de tal declaración;
>
> *c)* Al dirigir las partes al conciliador o al grupo de conciliadores una declaración por escrito en la que hagan constar que dan por concluido el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o
>
> *d)* Al dirigir una parte a la otra y al conciliador o al grupo de conciliadores, si éste ha sido designado, una declaración por escrito en la que dé por concluido el procedimiento conciliatorio, en la fecha de tal declaración."

93. Se planteó el problema de cómo debían tratarse, dados los términos del artículo 12, los casos en que las partes convenían verbalmente en concluir su conciliación o indicaban con su conducta que no proseguirían con ella. En respuesta a esa preocupación, y observando que otros artículos del proyecto de ley modelo no contenían requisitos de escritura, y que la conciliación podía ser un procedimiento oficioso, se propuso suprimir el requisito de una declaración "por escrito" en los apartados b) a d). Un parecer diferente fue que el requisito de que la declaración fuese formulada por escrito debía mantenerse porque se relacionaba con otros artículos, como el artículo X en la nota de pie de página del artículo 4 y los artículos 10 y 11, por necesidad de certeza sobre cuándo había concluido el procedimiento de conciliación. Al respecto se señaló que había también necesidad de certeza sobre cuándo había comenzado el procedimiento de conciliación, necesidad de la que se ocupaba el artículo 4. Se observó que los apartados b) a d) trataban del fracaso de la conciliación, cuando la controversia seguía en pie y probablemente las partes deseasen recurrir a procedimientos arbitrales o

judiciales para resolverla. En esos casos, los tribunales judiciales y arbitrales tenían que estar seguros de que había concluido el procedimiento de conciliación y que las partes tenían derecho a iniciar esos procedimientos posteriores. La falta de una declaración por escrito crearía probablemente una incertidumbre sobre esa cuestión. Se hizo hincapié en la particular importancia de una declaración por escrito en relación con el apartado d), donde se trataba de una declaración unilateral. Tras un debate, la Comisión decidió que prevalecían los argumentos relativos a la oficiosidad y que el requisito de los apartados b) a d) de que la declaración fuera por escrito debía suprimirse.

94. Sobre un asunto conexo, se sugirió que la propuesta de suprimir el requisito de la escritura no abarcaba los casos de abandono del procedimiento de conciliación después que éste hubiera comenzado, cuando esto sólo pudiera deducirse de la conducta de las partes. Se hicieron propuestas para atender a esa inquietud, entre ellas añadir un nuevo apartado al artículo, o palabras en sentido de "después de un intento razonable de consulta" o "después de invitar a las partes a consultar" como sustituto de "previa consulta" en el apartado b). Esas diferentes propuestas merecieron cierto apoyo. Un parecer diferente fue que el apartado b) abarcaría esos casos porque debía interpretarse que las palabras "previa consulta con las partes" comprendían los casos en que el conciliador hubiese entrado en contacto con las partes en un intento de consulta y no hubiese recibido respuesta. Esa sugerencia recibió apoyo general y se propuso que esa interpretación fuera confirmada en la Guía.

95. Otra preocupación diferente se relacionaba con los casos en que las partes tenían un anterior acuerdo contractual para conciliar y se sugirió que, como mínimo, para satisfacer los requisitos de la buena fe, se pidiera o alentara a las partes a que recurrieran a la conciliación por un tiempo razonable. Para que esa preocupación quedase reflejada se propuso que las palabras "después de un plazo razonable" o "después de un marco temporal razonable" se añadieran al apartado d). Esa propuesta no recibió apoyo, sobre la base de que los acuerdos para conciliar eran muy variados y expresaban grados diferentes de compromiso de recurrir a la conciliación y que sería inapropiado imponer una única regla obligatoria en todos los casos. Se señaló además que el éxito de la conciliación dependía de que las dos partes estuviesen dispuestas a participar en el procedimiento y que no tenía sentido obligar a una parte renuente a hacerlo. Se señaló que el comentario no entrañaba consecuencia alguna con respecto al incumplimiento de cualquiera de las partes de una obligación contractual de participar en la conciliación. Se señaló también que las consecuencias del incumplimiento de un acuerdo previo para recurrir a la conciliación dependían de la ley de los contratos aplicable y no se trataba de resolverlas en la Ley Modelo.

96. Se indicó que, si bien la expresión "por escrito" se debía suprimir en general, todo Estado que adoptara el artículo X tal vez desearía exigir que se pusiera fin a la conciliación por escrito, ya que era necesario determinar exactamente cuándo concluía ésta para que los tribunales pudieran determinar bien el plazo de prescripción. Al respecto, se observó que si se exigía una declaración por escrito para concluir el procedimiento, tal vez habría que exigir lo mismo para iniciarlo. Se solicitó que ese aspecto se reflejara en la Guía.

97. Como asunto de redacción, se sugirió que el encabezamiento del artículo 12 se refiriera al "procedimiento de conciliación" y no simplemente a "la conciliación".

98. La Comisión remitió el contenido del artículo 12 que se había aprobado al grupo de redacción.

Artículo 13. Actuación del conciliador como árbitro

99. El proyecto de artículo 13 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro respecto de una controversia que haya sido o que sea objeto del procedimiento de conciliación ni respecto de otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de un contrato conexo."

100. Recordando su anterior debate sobre la reserva expresada mediante las palabras "salvo acuerdo en contrario de las partes" (véase el párrafo 80 *supra*), la Comisión examinó la cuestión de si convenía o no mantener estas palabras en el proyecto de artículo 13. A este respecto se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se consideró que esa reserva enunciaba una obviedad y que, por lo tanto, era superflua y debía suprimirse. En apoyo de esa opinión se indicó que la reserva incluso podía ser contraproducente porque podía dar la impresión errónea de que había dos grados

de autonomía de las partes, uno mayor y otro menor. No obstante, prevaleció la opinión de que esa salvedad era útil y debía mantenerse en el texto. Se sostuvo que, al igual que en el arbitraje, la conciliación estaba sujeta a la autonomía de las partes y que, por consiguiente, había que respetar todo acuerdo a que llegaran las partes. Además, se observó que, aun cuando la salvedad fuera obvia, la cuestión era tan importante para algunos países que la reserva enunciada en las palabras introductorias podía constituir un recordatorio útil para las partes, a fin de que no tuvieran que remitirse al proyecto de artículo 3 que, en cualquier caso, no abordaría la cuestión directamente. En el entendimiento de que en la Guía se explicarían las razones para mantener la salvedad en el texto, la Comisión decidió no suprimirla.

101. Se expresó el temor de que, habida cuenta de que en el proyecto de artículo 13 no se abordaba la cuestión de si un conciliador podía actuar en calidad de representante, abogado defensor o testigo, la disposición podía resultar incompleta y no ajustarse al artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. A fin de paliar el problema, se sugirió que el proyecto de artículo 13 se armonizara con el artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. A este respecto se expresaron discrepancias. Se recordó que, dada la diversidad de enfoques adoptados en los distintos ordenamientos jurídicos con respecto a esa cuestión, el Grupo de Trabajo había decidido no regularla en la Ley Modelo y remitirse a las diversas prácticas existentes en la Guía (véase A/CN.9/506, párrs. 117 y 118).

102. A raíz de una pregunta, se explicó que las palabras “otra controversia”, que figuraban en el proyecto de artículo, podían referirse a partes que estuvieran al margen del procedimiento conciliatorio. La Comisión corroboró este criterio y decidió hacerlo constar en la Guía.

103. Se expresó inquietud por el hecho de que, al hacer referencia únicamente a contratos, el proyecto de artículo 13 podía tener un alcance más limitado que el párrafo 2 del proyecto de artículo 1, en el que se hablaba de relaciones contractuales u otras relaciones jurídicas. A fin de resolver el problema, se formularon varias sugerencias. Por ejemplo, se sugirió que se revisaran las últimas palabras del proyecto de artículo 13 para que dijeran “a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de un contrato o relación jurídica conexos”. También se sugirió que la disposición terminara con las palabras “a raíz de la misma relación jurídica o de una relación jurídica conexa”. Asimismo, se sugirió emplear los términos “controversias estrechamente vinculadas”. Por último, se sugirió que se emplearan las palabras “la misma situación de hecho”. En la Comisión se apoyó suficientemente la idea de ampliar el proyecto de artículo 13 ajustándolo al párrafo 2 del proyecto de artículo 1 de modo que se refiriera a relaciones contractuales u a otras relaciones jurídicas.

104. Se sugirió que se modificara el título del artículo para que fuera más compatible y se relacionara más con su contenido, que se refería expresamente a la imposibilidad de que el conciliador actuara como árbitro. Al respecto, se sugirió que el artículo se titulara “Incapacidad del conciliador para actuar como árbitro”. Esa propuesta no fue aprobada.

105. A reserva de la modificación mencionada más arriba (véase el párrafo 103), la Comisión aprobó el proyecto de artículo 13 y lo remitió al grupo de redacción.

Actuación de un árbitro como conciliador

106. La Comisión examinó la sugerencia de reinsertar en el texto, como nota de pie de página referente al proyecto de artículo 13, una disposición del siguiente tenor (véase A/CN.9/506, párr. 130):

> “[No se tendrá por incompatible con su función que sea el árbitro el que sugiera recurrir a la conciliación y, en la medida en que así lo hayan acordado las partes, participe en sus esfuerzos por llegar a un arreglo concertado.]”

107. En apoyo de esta sugerencia, se indicó que en el ordenamiento jurídico de varios países se disponía expresamente esa práctica. Se sostuvo que no era conveniente que la Ley Modelo no reconociera una práctica que en muchos países estaba aceptada como buena práctica. Además, se observó que el Grupo de Trabajo no había expresado reticencias frente al contenido del antiguo proyecto de artículo 16, pero había convenido que fuera abordado en la Guía, ya que, por su naturaleza, era una disposición propia de una ley sobre arbitraje más que de una ley sobre conciliación. A este respecto, se opinó que ese argumento no era convincente, dado que en el proyecto

de ley modelo figuraban varias disposiciones que regulaban cuestiones de arbitraje.

108. Si bien se apoyó esta sugerencia, se formularon también algunas objeciones. Concretamente, se argumentó que una nota de pie de página del tenor del antiguo proyecto de artículo 16 no se ajustaría al párrafo 8 del proyecto de artículo 1, en virtud del cual el proyecto de ley modelo no regulaba los supuestos en que un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, tratara de facilitar una transacción. También se estimó que tal nota de pie de página sería incompatible con el proyecto de artículo 13, que se basaba en el principio de que un conciliador no podía actuar como árbitro. Se mencionó el hecho de que en algunos países la situación prevista en la disposición propuesta se consideraba contraria a los principios de ética.

109. Con miras a llegar a una transacción se formularon varias sugerencias: incluir en el proyecto de ley modelo una nota de pie de página en que se describieran las diversas prácticas seguidas, en vez de enunciar una disposición legal modelo; y exponer las diversas prácticas en la Guía advirtiendo a los países de las consecuencias que tendría la adopción de uno u otro enfoque.

110. Tras un debate, la Comisión decidió no reinsertar el antiguo proyecto de artículo 16 como nota de pie de página y reafirmó la decisión del Grupo de Trabajo de que la cuestión fuera tratada en la Guía (véase A/CN.9/506, párr. 132).

Artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

111. El proyecto de artículo 14 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "1. En la medida en que las partes hayan convenido en recurrir a la conciliación y se hayan comprometido de manera expresa a no entablar durante cierto plazo o mientras no ocurra algo un procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia presente o futura, el tribunal judicial o arbitral deberá dar efecto a dicho compromiso en tanto no se cumplan las condiciones del acuerdo.
>
> 2. No obstante, una parte podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial cuando, según su exclusivo criterio, estime tal procedimiento necesario para salvaguardar sus derechos. El inicio de tal procedimiento no supondrá de por sí que se renuncie al acuerdo de conciliación ni que se dé por concluido el procedimiento conciliatorio."

112. Si bien se apoyó la concepción general del proyecto de artículo 14, se expresaron algunas preocupaciones. Por ejemplo, se argumentó que el párrafo 2, al permitir que las partes recurran discrecionalmente a procedimientos arbitrales o judiciales, anulaba el efecto del párrafo 1. Para evitarlo, se sugirió que se reintrodujera la estructura y el enfoque del antiguo proyecto de artículo 15 (véase A/CN.9/506, párr. 124), en virtud del cual una parte no podría iniciar unilateralmente procedimientos arbitrales o judiciales cuando ello fuera en contra de su acuerdo expreso. A favor de esta sugerencia se estimó que una disposición del tenor del antiguo proyecto de artículo 15 daría efecto, por un lado, a los compromisos contraídos por las partes de no iniciar procedimientos arbitrales o judiciales y, por otro lado, permitiría a las partes recurrir a tales procedimientos en situaciones comunes en que las partes acordaran recurrir a la conciliación sin comprometerse expresamente a no entablar procedimientos arbitrales o judiciales durante un período especificado. La sala se opuso mayoritariamente a esta sugerencia. Se argumentó que el Grupo de Trabajo ya había examinado la cuestión y los problemas que planteaba el antiguo proyecto de artículo 15 (véase A/CN.9/506, párr. 127) y había decidido optar por el criterio del actual proyecto de artículo 14 (véase A/CN.9/506, párr. 129). Además, se estimó que la decisión del Grupo de Trabajo era aceptable, ya que al no poder una parte iniciar procedimientos judiciales en determinadas situaciones, las partes serían menos propensas a concertar acuerdos de conciliación. Además, el hecho de impedir el acceso a los tribunales incluso en el caso de una renuncia expresa a ese derecho por las partes podría plantear problemas de derecho constitucional, puesto que en algunos ordenamientos jurídicos el acceso a los tribunales constituía un derecho inalienable.

113. Se sugirió que el proyecto de artículo 14 se refiriera únicamente a las partes (tal como hacía el artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI) y no al tribunal arbitral o judicial. Esta propuesta fue desestimada.

114. Se sostuvo que el proyecto de ley modelo no garantizaba suficientemente la eficacia de los acuerdos de conciliación al referirse únicamente a las renuncias expresas al derecho a entablar procedimientos arbitrales o judiciales y, al mismo tiempo, el proyecto de ley modelo no regulaba la eficacia de los acuerdos de conciliación más habituales, que no solían contener una renuncia expresa a tal derecho durante un determinado período. Se propuso, pues, que se puntualizara, en la Ley Modelo o en la Guía, que, cuando las partes convinieran en recurrir a la conciliación, ese acuerdo fuera vinculante y las partes se comprometieran a llegar a una transacción de buena fe, lo cual obligaría, por consiguiente, al tribunal arbitral o judicial a suspender el procedimiento hasta que se hubiera intentado resolver la controversia de buena fe por la vía de la conciliación. Si bien no se impugnó la idea inherente a esa propuesta, a saber, que los acuerdos de conciliación eran vinculantes en virtud de sus términos, se observó que los acuerdos de conciliación se redactaban de modos muy distintos que reflejaban diversas expectativas de las partes en cuanto a su comportamiento en caso de controversia. A esto se respondió que el efecto de los acuerdos de conciliación debería depender del modo en que esos acuerdos se interpretaran con arreglo al derecho aplicable de los contratos, que, sin embargo, la Ley Modelo no trataba de unificar. Así pues, la Comisión confirmó la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de que la Ley Modelo se limitara a regular el efecto de las renuncias expresas al derecho a emprender procedimientos arbitrales o judiciales y no los efectos contractuales de los acuerdos de conciliación con respecto a ese derecho.

115. Se expresó el temor de que el párrafo 2, al permitir a una parte entablar procedimientos “según su exclusivo criterio”, lo cual constituía un criterio puramente subjetivo, pudiera dejar sin efecto la regla enunciada en el párrafo 1). A fin de evitarlo, se sugirió que se suprimieran las palabras “según su exclusivo criterio”. A raíz de esta sugerencia se plantearon varias objeciones. Concretamente, se argumentó que, en ausencia de tal criterio subjetivo, existía el riesgo de que una parte perdiera sus derechos si no podía adoptar medidas como el inicio de procedimientos arbitrales o judiciales (incluido en el caso de procedimientos de insolvencia). La Comisión consideró que el proyecto de ley modelo debería redactarse de modo que no se planteara ese riesgo. Se explicó que, por esta razón, el artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI permitía a una parte iniciar procedimientos arbitrales o judiciales cuando “ésta estimara que tal procedimiento era necesario para conservar sus derechos”. Además, se dijo que, al mismo tiempo que se daba a las partes la seguridad de que no corrían el riesgo de perder sus derechos, la Ley Modelo promovería el recurso a la conciliación. Asimismo, se expresó la opinión de que para decidir lo que era “necesario” para salvaguardar derechos (párrafo 2), habría que tomar en consideración criterios no sólo jurídicos sino también comerciales, que sólo podían dejarse al juicio subjetivo de la parte afectada. Se añadió también que si se privaba a las partes de la facultad de determinar lo que era comercialmente necesario para ellas, tenderían a evitar la vía de la conciliación.

116. Se consideró asimismo que la yuxtaposición del deber del tribunal de dar efecto a la renuncia de las partes al derecho a iniciar procedimientos arbitrales o judiciales con el derecho de las partes a entablar tales procedimientos para salvaguardar sus derechos daba la impresión de que había una contradicción entre el párrafo 2 y el párrafo 1. A fin de paliar el problema, se sugirió que se refundieran los dos párrafos en un único párrafo 1 al final del cual se agregaran las palabras “salvo que una de las partes lo considere necesario”; al mismo tiempo, se sugirió que se eliminaran las palabras “no obstante, una parte podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial cuando, según su exclusivo criterio, estime tal procedimiento necesario” y que después de las palabras “una de las partes lo estime necesario” se agregaran las palabras “para salvaguardar sus derechos. El inicio de tal procedimiento no supondrá de por sí que se renuncie al acuerdo de conciliación ni que se dé por concluido el procedimiento conciliatorio”. Se argumentó que con esta revisión del proyecto de artículo 14 se dejaría claro que el derecho de las partes a recurrir a procedimientos arbitrales o judiciales constituiría una excepción frente al deber de los tribunales arbitrales o judiciales de suspender todo procedimiento en caso de que las partes renunciaran a iniciar procedimientos arbitrales o judiciales. Si bien se puso en duda que hubiera una gran diferencia entre las palabras “cuando una de las partes lo estime necesario”, que figuran en el artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y las palabras “según su exclusivo criterio”, la Comisión aprobó la sugerencia de todos

modos. La Comisión observó también que en la Guía habría que aclarar más el funcionamiento del artículo 14.

117. En respuesta a una pregunta, se explicó que el artículo 14 no se refería únicamente a los procedimientos para obtener medidas cautelares, sino también a cualquier acción entablada ante un tribunal arbitral o judicial, incluidas las entabladas por una de las partes para amparar sus derechos antes de la expiración del plazo de prescripción. Durante el debate se sugirió que en la Guía se puntualizara que una parte también podría iniciar procedimientos judiciales o arbitrales cuando una de las partes actuara con pasividad y obstaculizara así el cumplimiento del acuerdo de conciliación. Por otro lado, se afirmó que en tal caso la otra parte podría invocar el proyecto de artículo 12 para entablar procedimientos judiciales o arbitrales una vez concluido el procedimiento de conciliación.

118. A reserva del cambio acordado, la Comisión aprobó el proyecto de artículo 14 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 15. Ejecutoriedad del arreglo conciliatorio

119. El proyecto de artículo 15 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y lo firman, ese arreglo será vinculante y ejecutorio ... [*el Estado promulgante agregará aquí una descripción del método para dar cumplimiento a los arreglos conciliatorios o se remitirá a disposiciones que rijan tal cumplimiento*]."

120. Se observó que, como se menciona en el proyecto de artículo 15, se ha dejado abierto el carácter de los arreglos conciliatorios. Se sugirió que su carácter contractual debía indicarse en el proyecto de disposición. En cuanto al concepto de arreglo conciliatorio con carácter "ejecutorio", se sugirió además que el proyecto de disposición debía explicar si el arreglo conciliatorio debía contar con alguna forma de reconocimiento expedito de su ejecutoriedad, por ejemplo, equiparando el arreglo conciliatorio con un laudo arbitral o decisión judicial.

121. Se expresó la opinión de que convertir un arreglo conciliatorio en un laudo arbitral no era aceptable ya que equivaldría a asignar a un contrato entre dos particulares un carácter jurídico semejante al de una decisión judicial o arbitral. Se preveían dos posibilidades: o se convertía el arreglo conciliatorio en un laudo arbitral "auténtico", con el riesgo de que las actuaciones pasaran a ser mucho más engorrosas y costosas para las partes (con lo que se atentaría contra el espíritu de la conciliación), o podría haber una especie de equiparación casi automática del arreglo conciliatorio con un laudo arbitral, lo que implicaría cierto grado de exposición al abuso por cuanto el contrato (arreglo conciliatorio) en general no estaría sometido a escrutinio por un tribunal del país en que se invocara (véase A/CN.9/513, comentario de Francia).

122. Con miras a realzar el valor jurídico de los arreglos conciliatorios, preservando a la vez todas las opciones que un Estado promulgante pudiera tener en cuenta al ocuparse de la cuestión de la ejecutoriedad de un arreglo conciliatorio, y evitando la referencia a un laudo arbitral, se propuso la redacción siguiente en reemplazo del proyecto de artículo 15: "Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y lo firman, ese arreglo será vinculante. Se le reconocerá la fuerza de cosa juzgada y/o la ejecutoriedad, según corresponda, o se le otorgará en la ley o por la autoridad competente del [país en que se invoque el acuerdo] [el Estado promulgante]". No hubo apoyo para la propuesta.

123. El debate se centró a continuación en las primeras palabras del proyecto de artículo 15 ("Si las partes llegan a un acuerdo y lo firman"). Se indicó que el requisito de que se firmara el arreglo de la controversia podría ser importante para facilitar la presentación de pruebas relativas a la existencia y el contenido del arreglo conciliatorio. Se propuso que las primeras palabras del proyecto de artículo 15 fueran del siguiente tenor: "El arreglo de la controversia ha de firmarse si ese requisito de firma es necesario para velar por la ejecutoriedad con arreglo al derecho del Estado promulgante". No hubo apoyo para esta propuesta. La opinión predominante fue que, con arreglo al derecho contractual moderno y de manera consecuente con la necesidad de facilitar el comercio electrónico, no debía imponerse un requisito de constancia por escrito o de firma respecto de la concertación del acuerdo por el que se arregla la controversia. Tras el debate se convino en que el texto de la introducción del proyecto de artículo 15 fuera el siguiente: "Si las partes llegan a un acuerdo". Se convino además en que debía dejarse en claro en la

Guía que el propósito de la Ley Modelo no era prohibir que las leyes del Estado promulgante impusieran requisitos de forma, como el requisito de firma o de una constancia escrita, en los casos en que se considerara esencial un requisito de ese orden.

124. La Comisión procedió a examinar las consecuencias del uso de las palabras "vinculante y ejecutorio". Hubo acuerdo en general en que esas palabras tenían por objeto reflejar el entendimiento común de que los arreglos conciliatorios tenían carácter contractual. Si bien la palabra "vinculante" reflejaba la creación de una obligación contractual entre las partes en el arreglo de la controversia, la palabra "ejecutorio" reflejaba el carácter de esa obligación en tanto susceptible de ser ejecutado por los tribunales, sin especificar el carácter de esa ejecutoriedad. De esta manera se convino en que las dos palabras "vinculante" y "ejecutorio" servían propósitos distintos y no eran una simple repetición. Se señaló que en la Ley Modelo no se preveían nuevas reglamentaciones relativas a la formación de los arreglos conciliatorios ni a su ejecución y esas cuestiones se dejaban para que se determinaran de conformidad con la legislación municipal aplicable. al respecto, se hizo notar que algunos Estados consideraban que los arreglos conciliatorios estaban sujetos a las mismas reglas de formación y ejecución que los demás contratos comerciales, en tanto que otros Estados tenían un régimen especial para regular esas cuestiones, incluso, en algunos, mecanismos para agilizar la ejecución de los arreglos. En consecuencia, al final del artículo 15 de la Ley Modelo figuraba una frase en letra bastardilla a efectos de que el Estado promulgante podía insertar una descripción del régimen de que disponía para regular la ejecución de los arreglos conciliatorios. No obstante, se indicó que ciertos sistemas jurídicos o en ciertas versiones lingüísticas podría interpretarse la palabra "ejecutorio" de manera de sugerir un alto grado de ejecutoriedad del arreglo de controversia, lo que se desviaría de la neutralidad anteriormente mencionada. Por ejemplo, podría interpretarse "ejecutorio" en el sentido de indicar que el tribunal ejecutaría un arreglo de controversia de manera más expedita de lo que podría ejecutar otras clases de contratos. No obstante, en otros ordenamientos jurídicos o versiones lingüísticas se usaban las palabras "vinculante y ejecutorio" simplemente para referirse al valor jurídico de los contratos en general. Para evitar una interpretación indebida, se sugirió que no se utilizara la palabra "ejecutorio". En lugar de ello, debe reconocerse en el proyecto de artículo 15 el derecho de cualquier parte en el arreglo de la controversia a presentar ese acuerdo ante un tribunal para obtener su ejecución. De acuerdo con esa sugerencia, la Guía podría dar ejemplos de procedimientos que pudieran utilizarse para obtener la ejecución y enumerar las excepciones a la ejecución que podrían ser admisibles. Si bien hubo cierto grado de apoyo respecto de esa sugerencia, la opinión predominante fue que la cuestión de la ejecutoriedad, las excepciones a la ejecutoriedad, y la designación de los tribunales u otras autoridades de las cuales se podría recabar la ejecución del arreglo conciliatorio podría regularse en la legislación municipal aplicable.

125. Tras el debate la Comisión decidió mantener las palabras "vinculante y ejecutorio". En las versiones lingüísticas en que la palabra "ejecutorio" pudiera dar lugar a ambigüedad se concluyó que debía usarse una redacción más neutral, como "susceptible de ejecución".

126. La Comisión aprobó el fondo del artículo 15 en la forma enmendada y lo remitió al grupo de redacción.

Continuación del debate relativo al artículo 3

127. Tras concluir sus deliberaciones respecto de las disposiciones sustantivas del proyecto de ley modelo, la Comisión volvió sobre el examen del texto del artículo 3 con miras a determinar si las disposiciones adicionales del artículo 2 y del párrafo 3 del artículo 7 debían enumerarse entre las disposiciones obligatorias.

128. Se expresó la opinión de que debía enumerarse el artículo 14 entre las disposiciones de la Ley Modelo que no podían ser objeto de derogación contractual. Se indicó que, por cuanto el artículo 14 había sido estructurado en una norma que era aplicable solamente cuando se hubiera concertado un acuerdo concreto entre las partes, y en circunstancias que había una diversidad sumamente amplia de excepciones de esa norma por decisión unilateral, era difícil imaginar la forma en que las derogaciones contractuales con arreglo al artículo 3 podrían incorporarse en la estructura general del artículo 14. En opinión de otras delegaciones, la razón para enumerar el artículo 14 entre las disposiciones obligatorias era que no se debía permitir que una parte modificara la aplicación de una disposición que garantizaba lo que esas delegaciones consideraban un derecho constitucional de las partes a

iniciar actuaciones judiciales, independientemente de toda obligación que pudieran haber contraído de no usar ese derecho. Otra opinión consistía en que, aunque el artículo 14 contenía disposiciones de derecho contractual que debían estar abiertas a la posibilidad de derogación contractual, el artículo 14 contenía asimismo disposiciones de derecho procesal que debían considerarse obligatorias.

129. No obstante, se expresaron diversas opiniones en favor de no enumerar el artículo 14 como disposición obligatoria. En opinión de algunas delegaciones que criticaron la estructura y el contenido del artículo 14, el artículo 3 brindaba una oportunidad excelente para que las partes dejaran de lado todo el mecanismo del artículo 14, lo que permitiría, por ejemplo, que esas partes convinieran en obligaciones que efectivamente les impidieran iniciar actuaciones judiciales durante el procedimiento de conciliación. En opinión de otras delegaciones, la preservación de la autonomía de las partes exigía que las partes que hubieran convenido recíprocamente en no iniciar actuaciones judiciales con arreglo al artículo 14 pudieran llegar a un acuerdo diferente en una etapa ulterior. Se expresó también la opinión de que no debía enumerarse el artículo 14 como disposición obligatoria por cuanto, desde el punto de vista lógico, era susceptible de derogación.

130. Se planteó una cuestión respecto de la concordancia entre los artículos 3 y 14 en las circunstancias en que, por ejemplo, las partes hubieran convenido conciliar, se hubieran comprometido expresamente a no iniciar actuaciones judiciales durante un plazo determinado, y posteriormente pusieran término al procedimiento de conciliación antes de expirar ese plazo. En ese caso, podía surgir la duda de si las partes seguían estando vinculadas por su compromiso original de no iniciar actuaciones judiciales, o si ese compromiso quedaba modificado por la conclusión del procedimiento de conciliación. La Comisión no examinó todos los aspectos de la cuestión y quedó entendido que el resultado dependía de los términos del compromiso de no iniciar actuaciones judiciales y de todo acuerdo que existiera para poner término al procedimiento de conciliación.

131. Tras el debate la Comisión decidió no incluir el artículo 14 entre las disposiciones de la Ley Modelo que no podían excluirse ni modificarse mediante el acuerdo de las partes.

132. Se expresó la opinión de que debía enumerarse el artículo 15 entre las disposiciones de la Ley Modelo que no estaban abiertas a la derogación contractual. Se dijo que, en la medida en que el artículo 15 establecía la norma de que los arreglos de controversias eran vinculantes, no era lógicamente aceptable una derogación contractual de esa norma. Se dijo además que, si bien no debía permitirse ninguna derogación contractual respecto del carácter vinculante del arreglo de la controversia, las partes seguirían teniendo libertad para convenir en que el resultado de un proceso de conciliación asumiría una forma diferente de la de un arreglo de la controversia. Si bien hubo cierto grado de apoyo en favor de esa opinión, se indicó que la exclusión de una posibilidad de una derogación contractual del artículo 15 podría menoscabar indebidamente el derecho de las partes a convenir en un arreglo que tuviera un menor grado de ejecutoriedad que el previsto en el artículo 15.

133. También se expresó la opinión de que las partes con frecuencia recurrían a la conciliación debido a su carácter no vinculante, utilizándola como modo de salir adelante de una controversia. Excluir el artículo 15 de los artículos que pueden ser modificados por las partes significaría negar a las partes la posibilidad de utilizar la conciliación con ese fin.

134. Tras el debate la Comisión decidió no incluir el artículo 15 entre las disposiciones de la Ley Modelo que no podrían excluirse ni alterarse mediante el acuerdo de las partes.

Nota de pie de página 1 del proyecto de artículo 1

135. El proyecto de texto propuesto para su incorporación en la nota de pie de página 1 al artículo 1 (con referencia a los números de párrafo del artículo 1 como figura en el documento A/CN.9/506, anexo) examinado por la Comisión fue el siguiente:

> “1. En el párrafo 1 del artículo 1, suprímase la palabra ‘internacional’.
>
> Suprímase el párrafo 3* del artículo 1.
>
> Suprímase el párrafo 4* del artículo 1.
>
> [Suprímase el párrafo 5* del artículo 1] [Reemplácese el párrafo 5 del artículo 1 con las

* Párrafos renumerados en la Ley Modelo.

palabras “la presente Ley será aplicable también cuando las partes así lo convengan”.].

2. Proyecto de texto propuesto para su inclusión en el párrafo 47 del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional:

> ‘Los Estados que promulguen la presente Ley Modelo para hacerla aplicable tanto a la conciliación interna como a la internacional tal vez deseen suprimir en el párrafo 5 del artículo 6 las palabras ‘y, con respecto a un conciliador único o a un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de mandar a un conciliador de nacionalidad distinta a la de las partes.’ Como alternativa, esos Estados tal vez deseen modificar el párrafo 5 del artículo 6 mediante el reemplazo de las palabras ‘y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar a un conciliador de una nacionalidad distinta de las nacionalidades de las partes’ por ‘y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta en el caso de una conciliación internacional la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta de la nacionalidad de las partes’ e incluir una definición tanto de ‘internacional’ como de ‘establecimiento’ siguiendo los lineamientos del texto de los párrafos 3 y 4 del artículo 1.’”

136. Se expresó preocupación de que, respecto de la propuesta relativa al párrafo 5 del artículo 1, el texto que aparece entre el segundo par de corchetes de la nota de pie de página propuesta [“La presente Ley será también aplicable cuando las partes así lo convengan.”] debe armonizarse con el texto del párrafo 5 como se aplicaría en el caso de la conciliación internacional, añadiendo una mención de la conciliación comercial: “La presente Ley se aplicará también a la conciliación comercial cuando las partes así lo convengan”. Sin esa adición, se sugirió que la Ley Modelo se aplicaría diferentemente en los dos casos; en la conciliación internacional, estaría limitada a la conciliación comercial, pero si se aplicaba a la conciliación interna y a la internacional, esa limitación no tendría efecto.

137. Se observó que la redacción del texto propuesto del párrafo 1 de la nota de pie de página 1 tenía por fin ocuparse de varias circunstancias cuando sería conveniente que las partes pudiesen convenir en la aplicación de la Ley Modelo. Esas circunstancias abarcaban procedimientos de conciliación muy oficiosos cuando era incierto si la Ley Modelo se aplicaría conforme al párrafo 2 del artículo 1; por ejemplo, procedimientos de conciliación que se efectuaban usando medios electrónicos entre partes situadas en cierto número de Estados diferentes y no quedaba claro cuál era la ley aplicable y si se aplicaría o no la Ley Modelo; y circunstancias en las que no estaba claro si la controversia encajaría en la definición de comercial contenida en el artículo 1. Se expresó cierto apoyo a favor de ese enfoque flexible y en favor de conservar el texto entre el segundo par de corchetes en el párrafo 1 de la nota de pie de página propuesta.

138. Un parecer contrario fue que la Ley Modelo debía únicamente aplicarse a la conciliación comercial, tanto si la conciliación era internacional o interna y había que incluir una mención de la conciliación comercial en el texto de la nota de pie de página propuesto. En ese caso, el texto de la nota reflejaría el texto del párrafo 5 del artículo 1 que la Comisión había aprobado anteriormente. Se propuso que el mismo resultado podría también obtenerse adoptando el texto que aparecía entre el primer par de corchetes en el párrafo 1 del texto propuesto de la nota de pie de página con la consecuencia de la supresión del párrafo 6 del artículo 1 si los Estados deseaban aplicar la Ley Modelo a la conciliación comercial interna y a la internacional. Se manifestó amplio apoyo por la aplicación de la Ley Modelo a la conciliación comercial, tanto interna como internacional y a favor de la aprobación del texto entre el primer par de corchetes en el párrafo 1 del texto propuesto de la nota de pie de página. La Comisión aprobó ese criterio.

139. Se expresó una inquietud de que cuando la Ley Modelo hubiese de aplicarse a la conciliación interna, podría no ser apropiada la mención de su origen internacional en el artículo 2. Como respuesta, se señaló que el mismo párrafo aparecía en varios otros textos de la CNUDMI (por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) que podían aplicarse tanto interna como internacionalmente. Era

de utilidad considerable para promover la interpretación uniforme mediante la referencia a patrones internacionales incluso cuando el texto se aplicase internamente. Sin esa referencia, existía la posibilidad apreciable de interpretaciones nacionales diferentes de la interpretación del texto cuando se aplicaba internacionalmente, un resultado inconveniente con miras a la meta de la uniformidad.

140. La Comisión aprobó el fondo del texto de la nota de pie de página propuesta del proyecto de artículo 1, conservando el texto entre el primer par de corchetes en el párrafo 1, y lo remitió al grupo de redacción.

D. Aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional

141. La Comisión, tras examinar el texto del proyecto de ley modelo en la forma en que fue revisado por el grupo de redacción, aprobó la siguiente decisión en su 750ª sesión, celebrada el 24 de junio de 2002:

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

Reconociendo el valor de la conciliación o mediación como método de solución amigable de las controversias surgidas en el contexto de las relaciones comerciales internacionales,

Observando al respecto que el término "conciliación" abarca la mediación y otros procesos de importancia análoga,

Convencida de que el establecimiento de una ley modelo sobre la conciliación aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría al desarrollo de las relaciones económicas internacionales armónicas,

Considerando que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional ayudará en medida significativa a los Estados a mejorar su legislación relativa al uso de técnicas modernas de conciliación o mediación y en la formulación de legislación cuando no exista,

Observando que la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional fue objeto de la debida deliberación y de extensas consultas tras la distribución del proyecto de texto para que los gobiernos y las organizaciones interesadas formularan observaciones,

Convencida de que la Ley Modelo, conjuntamente con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[4], recomendado por la Asamblea General en su resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980, contribuye en medida significativa al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficiente de controversias surgidas en las relaciones comerciales internacionales,

1. *Aprueba* la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional tal como figura en el anexo I del Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones;

2. *Pide* al Secretario General que trasmita el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, junto con los trabajos preparatorios realizados por la Comisión en su 35º período de sesiones y con la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo, que la Secretaría habrá de finalizar sobre la base de las deliberaciones de la Comisión en su 35º período de sesiones, a los gobiernos y a las instituciones especializadas en la solución de controversias y demás organismos interesados, como las cámaras de comercio;

3. *Recomienda* que todos los Estados tomen debidamente en cuenta la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional en atención a la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las necesidades concretas de la práctica comercial internacional en materia de conciliación o mediación.

[4] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.81.V.6."

E. Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional

142. La Comisión encomendó a la Secretaría que ultimara la elaboración de la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo basándose en el proyecto preparado por la Secretaría (A/CN.9/514) y en las deliberaciones mantenidas por la Comisión en su actual período de sesiones. Se invitó a la Secretaría a publicar el texto ultimado de la Guía junto con la Ley Modelo. En general se convino en que, al preparar la versión final de la Guía, la Secretaría tuviera en cuenta las observaciones y sugerencias formuladas en la Comisión durante los debates, pero también se convino en que la Secretaría se guiara también por su propio criterio al determinar la forma y la extensión de las observaciones y sugerencias que se reflejaran en la Guía.

143. La Comisión procedió a examinar en detalle el proyecto de guía (A/CN.9/514).

Finalidad de la Guía

Párrafos 1 a 4

144. La Comisión decidió que el texto del párrafo 4 de la Guía tuviera el siguiente tenor: "La Comisión encomendó a la Secretaría que ultimara la elaboración de la Guía basándose en el proyecto preparado por la Secretaría (A/CN.9/514) y en las deliberaciones mantenidas por la Comisión en su actual período de sesiones, teniendo en cuenta las observaciones y sugerencias formuladas en el curso de las deliberaciones de la Comisión y demás sugerencias en la forma y la medida en que la Secretaría, a su discreción, lo pudiera determinar. Se invitó a la Secretaría a que publicara la Guía ultimada junto con la Ley Modelo".

Concepto de conciliación y finalidad de la Ley Modelo

Párrafos 5 a 10

145. Con respecto al párrafo 5, se sugirió que, al describir la conciliación, la Guía puntualizara que una de las características esenciales de la conciliación consistía en que las partes en una controversia solicitaban los servicios de un tercero. En cuanto al párrafo 7, se señaló que, de utilizarse el concepto de "vía alternativa para la solución de una controversia", la Guía debería aclarar que las diversas técnicas que entraban en ese concepto debían considerarse como alternativas a la solución judicial de controversias y que, por lo tanto, incluían el arbitraje. Con respecto al párrafo 9, se sugirió que la Guía dejara claro que las cuestiones de procedimiento como la admisibilidad de pruebas en procedimientos judiciales o arbitrales no se regían principalmente por reglas como las del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, sino por el derecho y la legislación aplicable. Sobre los párrafos 5 a 10 se hizo una observación general en la que se sugería que la Guía describiera con mayor amplitud las ventajas de la conciliación como técnica de solución de controversias.

La Ley Modelo como instrumento de armonización legislativa

Párrafos 11 y 12

146. No se hizo ninguna observación respecto de los párrafos 11 y 12.

Antecedentes e historia

Párrafos 13 a 17

147. En el contexto del párrafo 13, se puso en duda que las "vías para la solución de controversias que no dependan de un fallo vinculante ... den mayor estabilidad al mercado". Se opinó que sería más exacto hablar de "economías en los costos en el mercado". Con respecto al párrafo 14, se observó que tal vez resultara exagerado decir que "los objetivos de la Ley Modelo ... son esenciales para promover la economía y la eficiencia en el comercio internacional". Se sugirió que la Guía dijera que los objetivos de la Ley Modelo eran importantes para fomentar la economía y la eficiencia en el comercio internacional. En cuanto al párrafo 16, se estimó que se hacía excesivo hincapié en la descripción del arbitraje. Respecto del párrafo 17 se preguntó si era realmente útil detallar tanto los antecedentes en la Guía. Se sugirió que los antecedentes de la Ley Modelo se presentaran en forma de cuadro en un anexo de la Guía. No obstante, esta propuesta fue desestimada en general por considerarse que para los países que se plantearan la promulgación de la Ley Modelo podía resultar particularmente útil disponer de una exposición detallada de los antecedentes de la Ley Modelo. Además, se señaló que

esta presentación detallada de los antecedentes del texto se ajustaba a las prácticas seguidas en leyes modelo anteriores adoptadas por la CNUDMI y complementadas con una guía para la incorporación al derecho interno.

Ámbito de aplicación

Párrafos 18 y 19

148. No se hicieron observaciones respecto de los párrafos 18 y 19.

Estructura de la Ley Modelo

Párrafos 20 a 23

149. Con respecto al párrafo 22, se sugirió que en la Guía se reflejara con mayor claridad la idea de que, al estructurar la Ley Modelo, se había procurado evitar que la información sobre los procedimientos de conciliación se entrecruzara con la relativa a los procedimientos arbitrales o judiciales. No hubo más observaciones sobre los párrafos 20 a 23.

Asistencia prestada por la secretaría de la CNUDMI

Párrafos 24 y 25

150. No se hizo ninguna observación respecto de los párrafos 24 y 25.

Artículo 1. Ámbito de aplicación

Párrafos 26 a 35

151. Con respecto al párrafo 27, se sugirió que en la Guía se especificara que con la nota 1 de pie de página no se pretendía dar una definición del término “comerciales”, sino ofrecer una lista ilustrativa e ilimitada de relaciones que pudieran calificarse de “comerciales”. En el contexto de los párrafos 29 y 30, se sugirió que, al comprobar si en una determinada situación se daban los elementos enunciados en el párrafo 2 del artículo 1 para la definición de la conciliación, se invitara a los tribunales a examinar cualquier prueba de la conducta de las partes que demostrara si éstas eran conscientes (y sabían) que eran partes en un proceso de conciliación. Con respecto al párrafo 31, se sugirió que la Guía puntualizara que el artículo 1 no pretendía obstaculizar la aplicación de las reglas de derecho internacional privado.

152. Con respecto al párrafo 35 se presentaron varias sugerencias. Concretamente, se propuso que la Guía aclarara que el párrafo 8 del artículo 1, al hacer referencia a la posibilidad de que un juez o un árbitro “pongan en marcha, en el curso del procedimiento, el proceso de conciliación”, pretendía hacer una distinción entre los casos en que el tribunal o el árbitro actuara con miras a facilitar una solución y los casos en que el tribunal o el árbitro actuara como conciliador. En el primer caso, el juez o el árbitro tomaría la iniciativa para facilitar la solución. En tal caso, la acción del juez o del árbitro no entraría en el ámbito de la Ley Modelo. Sin embargo, en el segundo caso, si el juez o el árbitro actuaba como conciliador sería a resultas de una petición de las partes en la controversia, por lo que esta actuación entraría en el ámbito de la Ley Modelo. También se sugirió que el párrafo 35 contuviera una indicación del siguiente tenor: “La Ley Modelo no tiene por objeto indicar si un juez o un árbitro pueden o no llevar a cabo un proceso de conciliación en el curso de un procedimiento judicial o arbitral”.

153. No se hicieron más observaciones respecto de los párrafos 26 a 35.

Artículo 2. Interpretación

Párrafos 36 y 37

154. No se hicieron observaciones respecto de los párrafos 36 y 37.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

Párrafo 38

155. Se sugirió que tal vez la Guía tuviera que establecer una distinción entre la norma general contenida en el artículo 3, conforme a la cual las partes podían libremente “convenir en excluir cualquiera de las disposiciones de la Ley [Modelo]” o modificar su efecto, y el significado de las palabras “a menos que otra cosa hubiesen acordado”, que se habían insertado en ciertas disposiciones de la Ley Modelo. Conforme a la distinción sugerida, la norma general reconocería simplemente la posibilidad de que las partes evitasen por contrato la aplicación de las disposiciones de la Ley Modelo que no hubiesen sido expresamente fijadas como obligatorias por el artículo 3. No obstante, el artículo 3 no dispondría la libertad de las partes de

crear un conjunto totalmente nuevo de obligaciones contractuales distintas de las fijadas conforme a la Ley Modelo. La plena autonomía de la voluntad de las partes sólo sería así reconocida por las disposiciones que empezasen con las palabras "salvo que las partes dispongan otra cosa". La sugerencia no fue adoptada por la Comisión. Hubo amplio acuerdo en que la Guía no debería tratar de establecer ningún matiz de significado entre el artículo 3 y las disposiciones que empezasen con las palabras "salvo que las partes dispongan otra cosa". Se convino en que, en ambos casos, la Ley Modelo se proponía reflejar la plena autonomía de la voluntad de las partes para apartarse de las disposiciones de la Ley Modelo y crear un marco contractual enteramente distinto de las disposiciones de ésta. Las palabras "salvo que las partes dispongan otra cosa" se habían incluido en ciertas disposiciones principalmente por razones didácticas. Se sugirió que la Guía debía contener un texto similar al siguiente: "El uso de la frase 'salvo que las partes dispongan otra cosa' no significa que el artículo 3 no se aplica cuando no aparece esa frase". No se formularon más observaciones respecto del párrafo 38.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación

Párrafos 39 a 44

156. Con respecto al párrafo 44, se sugirió que la Guía debía alertar a los Estados promulgantes sobre los riesgos que podría encerrar la aprobación del artículo X. Se convino en general, como respuesta, que la Guía debía reflejar los argumentos intercambiados en contra y a favor de la aprobación del artículo X, reflejados en los párrafos 33 y 34 *supra*. No se formuló ninguna otra observación respecto de los párrafos 39 a 44 del proyecto de guía.

Artículos 5 y 6. Número y designación de los conciliadores

Párrafos 45 a 48

157. Con respecto al párrafo 46, se señaló que, tal como estaba actualmente redactado, la Guía sugería que la conciliación se desarrollaba necesariamente entre dos partes. Se sugirió que el texto definitivo tenía que reflejar el enfoque de la conciliación entre múltiples partes adoptado por la Comisión. Con respecto al párrafo 47, se sugirió que las palabras "deberá encomendarse ese nombramiento" connotaban una obligación y debían reemplazarse por un texto análogo a "podrá encomendarse". Otra sugerencia fue que la Guía debía poner en claro que la omisión en revelar hechos que podrían dar ocasión a dudas justificables en el sentido del párrafo 6 del artículo 6 no debería crear un motivo para dejar de lado un acuerdo de transacción además de los motivos ya existentes conforme al derecho contractual aplicable (véase el párrafo 50 *supra*). No se formuló ninguna otra observación respecto de los párrafos 45 a 48.

Artículo 7. Sustanciación de la conciliación

Párrafos 49 a 53

158. Con respecto al párrafo 51, se sugirió que la Guía debía reflejar que la Ley Modelo expresaba un patrón de conducta que debía aplicar un conciliador. Se sugirió asimismo que se suprimiera la oración "se expresó cierta inquietud por el hecho de que, al prever una disposición sobre la sustanciación del procedimiento, el texto podía dar a entender que se invitaba a las partes a tratar de anular el acuerdo conciliatorio alegando trato inequitativo", dado que era innecesario aconsejar a las partes a ese respecto. Se recordó que la Comisión había acordado que la Guía debía dejar en claro que el párrafo 3 del artículo 7 se proponía regir la sustanciación del procedimiento de conciliación y que no se ocupaba del contenido del acuerdo de transacción (véase el párrafo 58 *supra*).

159. Se estimó en general que debía suprimirse el párrafo 52, puesto que no era necesario que la Guía reafirmara el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI o examinar los méritos de las leyes nacionales en el contexto de ese artículo. No se formuló ninguna otra observación con respecto a los párrafos 49 a 53.

Artículo 8. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

Párrafos 54 y 55

160. Se expresaron dudas de si debía usarse la noción de "igualdad de trato" y, más en general, si debía mantenerse en la Guía el párrafo 55. Se respondió a ello recordando que el párrafo 55 reflejaba una solución de avenencia alcanzada por el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones (A/CN.9/487, párr. 129), que la Comisión no deseaba revisar. Tras un debate, hubo acuerdo general en que el contenido del

párrafo 55 se reubicara en la sección de la Guía referente al párrafo 3 del artículo 7. No se formuló ninguna otra observación respecto de los párrafos 54 y 55.

Artículo 9. Revelación de información entre las partes

Párrafos 56 y 57

161. Con respecto al párrafo 56, se expresó la opinión de que el tono de la última oración era excesivamente peyorativo acerca de la práctica conforme a la cual debía buscarse el consentimiento de una parte que suministrara información antes de que pudiera llegar a comunicarse esa información a la otra parte. Se recordó que esa práctica era ampliamente observada con buenos resultados en varios países. Se sugirió que se redactase de nuevo el párrafo 55 para dejar en claro que, en ciertos países, esa práctica estaba consagrada en las normas sobre mediación. En la Ley Modelo se formulaba una recomendación a las partes que no disponían de una norma así, lo que era compatible con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Se recordó que la Comisión había acordado anteriormente que la Guía debía contener una clara recomendación a los conciliadores de que debían decir a las partes que la información comunicada a un conciliador podía ser revelada a menos que se informase al conciliador en sentido contrario (véase el párrafo 70 *supra*). Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 56 para hacer hincapié en la intención de promover la comunicación franca entre cada una de las partes y el conciliador.

162. Con respecto a las palabras “el contenido de esa información”, se sugirió que la Guía debía aclarar que se había preferido la redacción actual, análoga al artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, a las palabras “esa información” para evitar imponer al conciliador la obligación de comunicar el contenido literal de toda información recibida de las partes (véase el párrafo 71 *supra*).

163. Se recordó que el título del artículo 9 había sido modificado para que dijera “Revelación de información”. No se formuló ninguna otra observación respecto de los párrafos 56 y 57.

Artículo 10. Deber de confidencialidad

Párrafos 58 a 60

164. Se recordó a la Comisión una propuesta de que se eliminaran del título las palabras “deber de” y que se incluyera en el proyecto de guía una explicación del significado del proyecto de artículo 10 (véase el párrafo 76 *supra*).

Artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

Párrafos 61 a 68

165. Se recordó a la Comisión la necesidad de ajustar la última oración del párrafo 61 para armonizarla con el texto del proyecto de artículo revisado.

166. Se formularon varias sugerencias. Una de ellas fue que en los párrafos 62 a 67 se aclara que el proyecto de artículo 11 preveía dos consecuencias con respecto a la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos: una obligación de las partes de no confiar en los tipos de prueba concretados en el artículo 11 y una obligación de los tribunales de tratar esas pruebas como inadmisibles. Otra sugerencia fue que en la versión inglesa de la Guía se aclarara que la expresión “similar proceeding” abarcaba la exhibición de pruebas (*discovery*) y las deposiciones en países donde se usaban esos métodos para obtener pruebas. Otra sugerencia más fue que en el párrafo 67 quedara claro que entre las declaraciones inadmisibles en otros procedimientos figuraban los “documentos preparados únicamente para el procedimiento de conciliación”.

167. Otra sugerencia fue que la Guía explicara que la palabra “ley” en el párrafo 3 del proyecto de artículo 11, significaba la legislación y no los mandamiento de los tribunales arbitrales o judiciales de que una parte en una conciliación, a petición de otra parte, debe dar la información mencionada en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11. En apoyo de esa idea, se afirmó que, sin este enunciado, se vería realmente comprometida la confidencialidad de la información utilizada en la conciliación, dado que la segunda oración del párrafo 3 del proyecto de artículo 11 parecía introducir una amplia excepción al principio de la no admisibilidad de esas pruebas. Aunque hubo amplio acuerdo en que la palabra “ley” debía interpretarse estrictamente, se observó que los mandamientos del tribunal (como mandamientos de

exhibición combinados con una amenaza de sanciones, incluso sanciones penales, dirigido a una parte u otra persona que podía aportar pruebas de las mencionadas en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 se basaban normalmente en la legislación y ciertos tipos de esos mandamientos (en particular si se basaban en el derecho procesal penal o en leyes que protegiesen la seguridad pública o la integridad profesional) podían considerarse como excepciones a la regla del párrafo 1 del artículo 11. No obstante, se consideró que, cuando una de las partes pedía la revelación de pruebas en apoyo de su postura en el litigio o procedimientos análogos (sin que existiesen intereses superiores de orden público como los mencionados en el párrafo 67) del proyecto de guía, se prohibiría al tribunal dictar un mandamiento de exhibición. La Comisión pidió a la Secretaría que expresara ese sentido estricto de la expresión "ley" en la Guía, reconociendo que en ciertos ordenamientos el término "ley" abarcaba no sólo los textos legislativos, sino también las decisiones judiciales. Los ejemplos dados en el párrafo 67 del proyecto de guía debían volverse a examinar para velar por que fuesen correctamente entendidos al interpretar la última oración del párrafo 3 del artículo 11.

Artículo 12. Conclusión de la conciliación

Párrafo 69

168. Se formularon varias sugerencias. Una de ellas fue que en la Guía se explicara que los Estados que aprobasen una disposición del tenor del proyecto de artículo X, en interés de la certeza con respecto al momento de la suspensión y la reanudación de los plazos de prescripción, podrían tener que pensar en exigir una declaración por escrito para la conclusión de la conciliación. Se estimó generalmente que esa aclaración debía hacerse en el contexto del análisis del proyecto de artículo X en la Guía.

169. Otra sugerencia fue que la Guía dejara en claro que la conciliación podía darse por concluida mediante una conducta, como la expresión de una opinión negativa de una de las partes sobre las perspectivas de la conciliación, o la negativa de una de las partes a consultar o reunirse con el conciliador cuando se la invitaba a hacerlo. Se expresaron algunas dudas sobre la necesidad de referirse a la conducta como manera de dar por concluida la conciliación, en particular, dado que en el caso de abandono del procedimiento por una de las partes, el conciliador o la otra parte podían declararlo concluido. Se dijo como respuesta que la conciliación era un proceso oficioso y que en algunas situaciones podía no estar claro si las partes participaban en negociaciones de una transacción abarcadas por la Ley Modelo y que, en consecuencia, debían admitirse métodos oficiosos de conclusión (incluida la conducta). No obstante, se señaló que interesaba a la certeza jurídica (en particular por lo que se refiere al apartado d)) que la conducta en sí misma, sin una declaración o un acto que pudiera equipararse a una "declaración", no pondría fin al proceso de conciliación. Otra sugerencia más fue que, en la medida en que en la nota de pie de página figurara una referencia a los "mensajes de datos", se aclarara en ésta el significado de la expresión "mensaje de datos".

Artículo 13. Actuación del conciliador como árbitro

Párrafos 70 a 74

170. Una sugerencia fue que se dejara claro que, aunque en algunos ordenamientos jurídicos se permitía a los conciliadores actuar como árbitros si las partes así lo acordaban y, en otros ordenamientos, esto quedaba sometido a normas como los códigos de conducta, el proyecto de Ley Modelo era neutral sobre ese punto. Una sugerencia fue que, en todo caso, el avenimiento de las partes y el conciliador prevaleciera sobre toda limitación semejante, incluso cuando la materia fuera objeto de reglas como los códigos de conducta. Otra sugerencia más fue que quedara claro que el proyecto de artículo 13 no se refería a situaciones en que los árbitros actuasen como conciliadores, como se permitía en algunos ordenamientos jurídicos. Otra sugerencia más fue que consideraciones por las que se orientase un conciliador actuando como árbitro fueran asimismo pertinentes en situaciones en que un conciliador actuase como juez y, se recordó que el proyecto de Ley Modelo no se refería a esas situaciones porque eran más bien raras y porque su regulación podría elevar a injerirse en las reglas nacionales que regían la administración de justicia. Se propuso mencionar esas situaciones en la Guía a fin de que los Estados promulgantes pensasen si se necesitaba alguna norma especial en el contexto de las normas nacionales que regían la administración de justicia.

Artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Párrafos 75 y 76

171. No se formularon observaciones sobre los párrafos 75 y 76.

Artículo 15. Ejecutoriedad de la transacción

Párrafos 77 a 81

172. Se formularon varias sugerencias. Una de ellas fue que se suprimieran los párrafos 79 y 80, dado que tanto detalle no era necesario y podía causar confusión. Se pusieron objeciones a esa sugerencia. Se afirmó que los párrafos 79 y 80 daban, como correspondía, ejemplos de las maneras en que podían ejecutarse los acuerdos de transacción, en particular puesto que el proyecto de artículo 15 dejaba el asunto a la ley aplicable fuera del proyecto de ley modelo. Se señaló que con ejemplos basados en la legislación de dos países solamente no se daba un panorama claro de la variedad de criterios que se podían encontrar en las prácticas internacionales y, por consiguiente, esos ejemplos no se deberían mencionar. También se observó que en el párrafo 81 era necesario volver a examinar y corregir las referencias a las leyes de otros países. Otra sugerencia fue que se revisara el párrafo 81 para evitar dar, por inadvertencia, la impresión de que el proyecto de artículo 15 era el resultado de una transacción infeliz.

Uso de la conciliación en situaciones con múltiples partes

173. Con objeto de poner de relieve la importancia de la conciliación en situaciones con múltiples partes (y, entre otras cosas, en casos de insolvencia de sociedades), se sugirió que se incluyera en la Guía un texto del siguiente o parecido tenor:

> "La experiencia en algunas jurisdicciones hace pensar que la Ley Modelo sería también útil para fomentar la solución no judicial de controversias en situaciones en las que interviniesen múltiples partes, especialmente aquellas en que los intereses y cuestiones son complejos y multilaterales en vez de bilaterales. Ejemplos notables de ellas son las controversias que se plantean durante el procedimiento de insolvencia o controversias cuya resolución es imprescindible para evitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esas controversias comprenden cuestiones entre acreedores o clases de acreedores y el deudor o entre los acreedores mismos, situación a menudo complicada por controversias con deudores o partes contratantes del deudor insolvente. Estas cuestiones pueden suscitarse, por ejemplo, en relación con el contenido de un plan de reorganización para la empresa insolvente; peticiones de anulación de operaciones como consecuencia de denuncias de que un acreedor o varios acreedores fueron tratados preferencialmente; y cuestiones entre el administrador de la insolvencia y la parte contratante con un deudor acerca del cumplimiento o la rescisión de un contrato y la cuestión de la indemnización en tales situaciones."

174. Se expresó apoyo para esa sugerencia. Se afirmó que se utilizaba con buen éxito la conciliación en el caso de controversias complejas en las que intervenían múltiples partes. Se dio el ejemplo de la conciliación antes y después de la apertura del procedimiento de insolvencia. Se observó que uno de los beneficios de la resolución de controversias mediante la conciliación era evitar la insolvencia. También se dijo que, sin prevalecer sobre el procedimiento de insolvencia, la conciliación muchas veces lo complementaba útilmente, en particular en el caso de reorganización. Se observó, además, que en muchos países no se impedía que los tribunales competentes en casos de insolvencia tratasen de facilitar una transacción. Se convino en que el texto de la Guía debía redactarse cuidadosamente, llamando la atención sobre la necesidad de que el procedimiento de conciliación no se injiriese en los objetivos del procedimiento de insolvencia expresados por el régimen que le era aplicable.

175. No obstante, se expresó la inquietud de que esa mención detallada del uso de la conciliación en procedimientos de insolvencia podía dar sin querer la impresión de que la aplicación de la conciliación era en cierta medida limitada. Para atender a esa inquietud, se formuló la sugerencia de que el párrafo propuesto se incluyera en la nota de pie de página de la Ley Modelo que contenía la definición de la palabra "comercial". Esta sugerencia no recibió apoyo. También se sugirió que debían mencionarse otros ejemplos, como las controversias planteadas en el contexto de los contratos

de construcción, los préstamos sindicados, los acuerdos de franquicia y distribución y las pólizas de seguro conjuntas. Aunque se manifestó interés en esa sugerencia, se advirtió que la existencia de otra lista junto a las prácticas enumeradas como de carácter comercial podría causar confusión.

176. En respuesta a una pregunta, se observó que la referencia a relaciones entre múltiples partes podía encajar en el análisis del proyecto de artículo 1.

177. Tras un debate, la Comisión acordó incluir en la Guía una referencia al uso de la conciliación en las relaciones entre múltiples partes, teniendo en cuenta los pareceres y las preocupaciones expresados.

IV. ARBITRAJE

178. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo ante sí una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar la conveniencia y la viabilidad de impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en su conjunto que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y favorable experiencia adquirida en la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a evaluar en el foro universal constituido por la Comisión la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas en materia de arbitraje[2].

179. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, que pasó a denominarse Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios para el Grupo de Trabajo fuesen la conciliación[3], el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje[4], la ejecutabilidad de las medidas cautelares[5] y la ejecutabilidad eventual de un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen[6].

180. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reiteró su mandato al Grupo de Trabajo de que fijara el calendario y el procedimiento a seguir en el examen de los temas indicados para su futura labor. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, al fijar las prioridades para los futuros temas de su programa, el Grupo de Trabajo prestara especial atención a lo que fuera viable y práctico, así como a cuestiones que hubieran dado lugar en la jurisprudencia a decisiones que dejaban la situación jurídica en términos inciertos o poco satisfactorios. Como temas que se mencionaron como eventualmente merecedores de ser examinados por la Comisión, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera señalar como tales, cabe destacar la determinación del significado y efectos de la disposición relativa al derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, apartado k) del párrafo 109); la presentación de créditos en un procedimiento arbitral para salvaguardar algún derecho compensatorio y la competencia del tribunal arbitral al respecto (apartado g) del párrafo 107); libertad de las partes de hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas de su elección (apartado c) del párrafo 108); la facultad discrecional residual para otorgar el exequátur a un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos para su denegación enumerados en el artículo V de la Convención de Nueva York (apartado i) del párrafo 109); y la facultad del tribunal arbitral de otorgar intereses (apartado j) del párrafo 107). Se observó con beneplácito que, en lo referente a los arbitrajes "en línea" (es decir, arbitrajes en que partes importantes del procedimiento arbitral o incluso todo él se tramitan utilizando medios electrónicos de comunicación (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Respecto de la eventual ejecutoriedad de laudos anulados en el Estado

[2] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.

[3] Ibíd., párrs. 340 a 343.

[4] Ibíd., párrs. 344 a 350.

[5] Ibíd., párrs. 371 a 373.

[6] Ibíd., párrs. 374 y 375.

de origen (apartado m) del párrafo 107), se expresó la opinión de que no era de esperar que la cuestión suscitara demasiados problemas y que la jurisprudencia que daba lugar al planteamiento de la cuestión no debía considerarse como una tendencia ya establecida[7].

181. En su 34º período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y Corr.1 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados respecto de las tres principales cuestiones objeto de examen, a saber, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, las cuestiones relativas a las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre conciliación[8].

182. En su actual período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 36º período de sesiones (A/CN.9/508). La Comisión encomió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta el momento en relación con las cuestiones en examen, a saber, el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje y las cuestiones relativas a las medidas cautelares.

183. Con respecto al requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había considerado el proyecto de disposición legislativa modelo por el que se revisaba el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.118, párr. 9) y debatió sobre un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 (párrs. 25 y 26). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo no había alcanzado un consenso sobre si preparar un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York y que había que mantener abiertas ambas opciones para su examen por el Grupo de Trabajo o la Comisión en una etapa posterior. La Comisión observó la decisión del Grupo de Trabajo de ofrecer orientación sobre la interpretación y aplicación de los requisitos de forma escrita en la Convención de Nueva York, con miras a lograr un mayor grado de uniformidad. Una valiosa contribución con ese fin podría hacerse en la guía para la promulgación del proyecto de nuevo artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que se había pedido a la Secretaría que preparase para su futuro examen por el Grupo de Trabajo, estableciendo “vínculos propicios” entre las nuevas disposiciones y la Convención de Nueva York, a la espera de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor manera de ocuparse de la aplicación del párrafo 2 del artículo II de la Convención (A/CN.9/508, párr. 15). La Comisión fue del parecer de que los Estados Miembros y observadores que participasen en las deliberaciones del Grupo de Trabajo deberían disponer de bastante tiempo para celebrar consultas sobre esas importantes cuestiones, incluida la posibilidad de examinar ulteriormente el significado y el efecto de la disposición sobre el derecho más favorable del artículo VII de la Convención de Nueva York, como observó la Comisión en su 34º período de sesiones[9]. Con ese fin, la Comisión consideró que podía ser preferible que el Grupo de Trabajo pospusiera sus debates sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje y la Convención de Nueva York hasta su 38º período de sesiones, que se celebrará en 2003.

184. Con respecto a las cuestiones de las medidas cautelares, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto para una revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74) y que se había pedido a la Secretaría que preparase proyectos revisados de disposición, basados en el debate del Grupo de Trabajo, para su examen en un futuro período de sesiones. También se observó que el Grupo de Trabajo examinaría, en su 37º período de sesiones, un proyecto revisado de nuevo artículo preparado por la Secretaría para añadirlo a la Ley Modelo referente a la cuestión de la ejecutabilidad de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral (párr. 83) (A/CN.9/508, párr. 16).

V. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

185. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión examinó una propuesta de Australia

[7] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.

[8] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 312.

[9] Ibíd., párr. 313.

(A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia. Conforme a esa propuesta, en vista de su composición universal, el éxito de su labor anterior en materia de insolvencia transfronteriza y las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales especializadas e interesadas en el régimen de la insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para debatir esas cuestiones. En la propuesta se instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de una ley modelo sobre la insolvencia de las empresas, a fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces aplicables a las empresas insolventes.

186. La Comisión reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la insolvencia adoptado por un país se había convertido en factor decisivo a la hora de evaluar a nivel internacional las posibilidades de crédito en un país. Sin embargo, se expresó preocupación por las dificultades que planteaba la elaboración de un régimen internacional de la insolvencia, a causa de los conflictos entre opciones sociopolíticas delicadas y potencialmente divergentes. Ante esas dificultades, se temía que la labor no pudiera culminar con éxito. Se dijo que con toda probabilidad no sería factible elaborar una ley modelo de aceptación universal y que en toda labor debía adoptarse un criterio flexible para dejar margen a los Estados en la elección de opciones y en sus decisiones. Si bien la Comisión apoyó ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía comprometerse definitivamente a establecer un grupo de trabajo para elaborar legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

187. Con objeto de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones de tanteo en que un grupo de trabajo prepararía una propuesta factible que se sometería al examen de la Comisión en su 33º período de sesiones[10]. Ese período de sesiones se celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

188. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo en su informe (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo la preparación de una descripción general de los objetivos fundamentales y de las características esenciales de un sólido régimen de la insolvencia que regulara las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores y la reestructuración de empresas insolventes por vía extrajudicial, así como una guía legislativa con soluciones flexibles para lograr esos objetivos y características, incluido un examen de otras posibles soluciones y sus correspondientes ventajas e inconvenientes.

189. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada de otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados. A fin de conocer las opiniones y de beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la secretaría de la CNUDMI, en colaboración con la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia y la Asociación Internacional de Abogados, organizó en Viena, del 4 al 6 de diciembre de 2000, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados[11].

190. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Coloquio (A/CN.9/495). Tomó nota del informe con satisfacción y encomió la labor realizada hasta la fecha, particularmente en lo que respecta a la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en lo referente al régimen de la insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía revestir la labor futura y la interpretación del mandato encomendado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33º período de sesiones.

191. La Comisión confirmó que el mandato debía interpretarse en sentido amplio a fin de formular un texto con la adecuada flexibilidad que revistiera la forma de guía legislativa. Para evitar que dicha guía

[10] Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párrs. 381 a 385.

[11] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 400 a 409.

fuese excesivamente general o abstracta como para brindar la orientación necesaria, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de elaborar un texto lo más concreto posible. Con tal fin, se prepararán disposiciones legales modelo, incluso si sólo abarcan algunas de las cuestiones que debería tratar la Guía[12].

192. En su actual período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 24º (A/CN.9/504), 25º (A/CN.9/507) y 26º (A/CN.9/511). Elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta el momento en la elaboración de la guía legislativa y destacó la importancia de la continua cooperación con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que se especializan u ocupan del régimen de la insolvencia.

193. Con respecto al tratamiento de la garantía real en los procedimientos de insolvencia, la Comisión insistió en la necesidad de un enfoque coherente por parte de los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales). Al respecto, la Comisión tomó nota con satisfacción de que ambos grupos habían coordinado ya su labor y habían acordado principios para el tratamiento de los temas de interés común (véanse los documentos A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párrs. 88 a 90). La Comisión destacó la necesidad de una coordinación continua y pidió a la Secretaría que estudiase la posibilidad de organizar un período de sesiones conjunto de ambos Grupos de Trabajo en diciembre de 2002.

194. La Comisión tomó nota también de que, en su 26º período de sesiones, el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) había debatido el plazo probable para concluir su labor y había considerado que estaría en mejores condiciones para hacer una recomendación a la Comisión después de su 27º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002), cuando hubiera tenido la oportunidad de examinar un nuevo proyecto de la guía legislativa. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que siguiera preparando esa guía y que examinara si podría concluir su labor en su 27º período de sesiones.

[12] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párrs. 296 a 308.

Coloquios judiciales

195. La Comisión tomó nota también del informe del Cuarto Coloquio Judicial Multinacional sobre la Insolvencia Transfronteriza (Londres, 16 y 17 de julio de 2001), que la Secretaría y la INSOL habían organizado conjuntamente (A/CN.9/518). Se observó que más de 60 jueces y funcionarios públicos de 29 países habían asistido al Coloquio. Se tomó nota también de que en el Coloquio se habían considerado los progresos realizados para la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza por parte de los Estados y la aplicación de la legislación correspondiente a las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza, así como los aspectos de capacitación y formación judicial. Asimismo, la Comisión observó que el Coloquio había dado a los jueces la oportunidad de conocer más los diversos criterios aplicados por cada país en cuestiones de insolvencia transfronteriza.

196. La Comisión tomó nota también de que los participantes en el Coloquio habían reconocido en general la necesidad de impartir continuamente capacitación y formación judiciales para garantizar el funcionamiento adecuado y eficiente no sólo del régimen aplicable a los casos de insolvencia transfronteriza, sino también del régimen de la insolvencia en general. Se sugirió que los programas de capacitación y formación se basaran en una evaluación de las necesidades que permitieran que tanto los programas como su realización se adaptasen a las necesidades (jurídicas, sociales y culturales) del poder judicial de cada país y que fuesen compatibles con su presupuesto, con la carga de trabajo de los jueces y con la disponibilidad de asistencia internacional tanto financiera como humana.

197. La Comisión expresó su satisfacción a la secretaría de la CNUDMI por la organización del Coloquio Judicial Multinacional y le pidió que continuara cooperando activamente con la INSOL y otras organizaciones con miras a organizar en el futuro otros coloquios de este tipo, siempre que lo permitiesen sus recursos. Asimismo, la Comisión estuvo de acuerdo en que la participación de los jueces de los países en desarrollo revestía particular importancia y pidió a la Secretaría que estudiara la forma de facilitar su participación en futuros coloquios, así como de organizar coloquios regionales o nacionales, en cooperación con organizaciones que

pudieran cubrir los gastos de participación de los jueces de los países en desarrollo. La Comisión expresó también el deseo de que los gobiernos reservaran los fondos necesarios para asignar a los jueces a tales actividades en vista de los previsibles beneficios, como el perfeccionamiento de los conocimientos y el perfeccionamiento de las prácticas judiciales en cuestiones de insolvencia.

VI. GARANTÍAS REALES

198. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre la eventual labor futura referente al régimen legal aplicable al crédito financiero garantizado (A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que el tema de las garantías reales era un tema importante que había sido señalado oportunamente a la Comisión, habida cuenta en particular de su estrecha vinculación con la labor que realizaba la Comisión sobre el régimen de la insolvencia. La opinión generalizada era que un régimen moderno del crédito financiero garantizado mejoraría notablemente la disponibilidad de crédito a menor costo, lo que redundaría en provecho del comercio internacional. También se consideró que un régimen legal moderno en materia de crédito financiero garantizado podía reducir la desigualdad, en lo relativo a su acceso al crédito financiero a bajo costo, que se daba entre entidades comerciales, según estuvieran sitas en países desarrollados o en países en desarrollo, así como en su participación respectiva en los beneficios del comercio internacional. Sin embargo, se advirtió que, para que resultara aceptable para los Estados, dicho régimen debía regular con equidad los créditos, según fueran de acreedores privilegiados, o de acreedores garantizados o no garantizados. Se señaló también que, habida cuenta de ciertas divergencias en la política legal interna de los Estados en este campo, sería aconsejable adoptar un criterio flexible con miras a preparar una serie de principios que se presentarían en el marco de una guía, y no de una ley modelo. Además, a fin de optimizar el resultado reportado por toda reforma del régimen legal aplicable, particularmente en orden a la prevención de crisis de índole financiera, así como a fin de reducir la pobreza de ciertas zonas y facilitar la financiación por vía de empréstitos como motor del crecimiento económico, se habrá de coordinar la labor que se emprenda en materia de garantías reales con la ya emprendida en lo relativo al régimen de la insolvencia[13].

199. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó una nota sobre garantías reales preparada por la Secretaría (A/CN.9/496) y convino en que se debía iniciar esa labor en vista del impacto económico favorable que tendría un régimen moderno en materia de crédito garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener efectos muy negativos en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que un marco jurídico eficaz y previsible tenía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, particularmente siempre que el sector financiero de un país atravesara una crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente en lo relativo a la ejecutoriedad de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a mitigar el deterioro de sus créditos mediante mecanismos de ejecución rápidos, y a fin de facilitar la reestructuración empresarial ofreciendo ciertas garantías que incentivaran la concesión de financiación provisional. A más largo plazo, un marco jurídico flexible y eficaz en materia de garantías reales podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. De hecho, sin facilidades de crédito a costo asequible, resulta imposible fomentar el crecimiento y la competitividad industrial y el comercio internacional, al impedir esa carencia que las empresas desarrollen todo su potencial[14].

200. Si bien se expresaron ciertas inquietudes con respecto a la viabilidad de trabajar en el campo del régimen legal aplicable al crédito financiero garantizado, la Comisión observó que esas inquietudes no eran generales, por lo que pasó a examinar el alcance de la labor que se emprendería[15]. Se opinó en general que la labor debería centrarse en las garantías reales constituidas sobre bienes que fueran objeto de actividades comerciales, particularmente de bienes que formaran parte de existencias inventariadas. Se convino asimismo en que no se trataran las garantías

---

[13] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 459.

[14] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 351.

[15] Ibíd., párrs. 352 a 354.

constituidas sobre valores bursátiles o sobre derechos de propiedad intelectual[16]. Respecto de la forma que había de darse al texto que se preparara, la Comisión consideró que una ley modelo tal vez resultara un marco demasiado rígido, por lo que tomó nota de las sugerencias de que se presentara ese texto en forma de un juego flexible de principios enmarcados en una guía legislativa en la que se presentarían, de ser posible, disposiciones legales modelo[17]. Tras deliberar al respecto, la Comisión decidió encomendar dicha labor a un grupo de trabajo con el mandato de preparar un régimen legal eficiente de las garantías reales constituidas sobre bienes que fueran objeto de actividades comerciales, incluidos los bienes inventariados. Al insistir en la importancia de esta tarea y en la necesidad de consultar con representantes de los ramos industriales interesados, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres jornadas de duración[18]. Ese coloquio se celebró en Viena los días 20 a 22 de marzo de 2002. El informe del coloquio figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.3.

201. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su primer período de sesiones (A/CN.9/512). La Comisión encomió a la Secretaría por haber preparado un primer proyecto preliminar de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 1 a 12) y por haber organizado, en cooperación con la *Commercial Finance Association*, un coloquio internacional sobre las operaciones garantizadas, celebrado en Viena del 20 al 22 de marzo de 2002, así como por haber preparado el informe sobre el coloquio (A/CN.9/WG.VI/WP.3).

202. Al iniciar el debate sobre el tema, la Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los progresos realizados en su labor y en particular por haber examinado los capítulos I a V y X del proyecto de guía. Predominó la opinión de que esta guía legislativa daba a la Comisión la gran oportunidad de ayudar a los Estados a adoptar legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, lo cual constituía, según la opinión general, un requisito necesario, aunque no de por sí suficiente, para fomentar el acceso a crédito a costo asequible, facilitando así el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, el desarrollo económico y, en última instancia, las relaciones de amistad entre los países. A este respecto, la Comisión tomó nota con satisfacción de que el proyecto había suscitado la atención de organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y de que algunas de ellas habían participado activamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Como muestra de tal interés se mencionaron las observaciones presentadas al Grupo de Trabajo VI, en particular por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4).

203. Además, predominó la opinión de que la iniciativa de la Comisión llegaba en el momento más oportuno, habida cuenta de las iniciativas legislativas pertinentes que se habían adoptado a nivel nacional e internacional y habida cuenta también de la labor de la propia Comisión sobre el tema del régimen de la insolvencia. A este respecto, la Comisión tomó nota con particular satisfacción de los esfuerzos llevados a cabo por el Grupo de Trabajo VI y por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que han tratado de coordinar su labor sobre un tema de interés común como es el del tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Se apoyó enérgicamente esa coordinación, que, según el criterio general, era de crucial importancia para orientar a los Estados de forma general y coherente sobre la forma de tratar las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. La Comisión respaldó la sugerencia de revisar el capítulo X del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas teniendo en cuenta los principios fundamentales convenidos por los grupos de trabajo V y VI (véase A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párrs. 88 a 90). La Comisión destacó la necesidad de seguir coordinando la labor y pidió a la Secretaría que considerara la posibilidad de organizar un período de sesiones conjunto de los dos grupos de trabajo en diciembre de 2002.

204. Tras el debate, la Comisión confirmó el mandato que en su 34º período de sesiones encomendó al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes, incluidos los bienes inventariados[19]. La Comisión confirmó asimismo que el mandato del Grupo de Trabajo debía interpretarse en un sentido amplio a fin de obtener un resultado

[16] Ibíd., párrs. 355 y 356.
[17] Ibíd., párr. 357.
[18] Ibíd., párrs. 358 y 359.
[19] Ibíd., párr. 358.

debidamente flexible que revistiera la forma de guía legislativa.

VII. COMERCIO ELECTRÓNICO

205. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión hizo suya una serie de recomendaciones de labor futura que había formulado el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 38º período de sesiones (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001)[20]. Entre esas recomendaciones figuraban la preparación de un instrumento internacional sobre ciertas cuestiones referentes a la contratación electrónica y el examen de otras tres cuestiones, que eran las siguientes: a) un estudio amplio sobre los posibles obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales; b) un nuevo estudio sobre las cuestiones relacionadas con la transferencia de derechos, en particular de derechos sobre bienes corporales, por medios electrónicos, y mecanismos para divulgar y registrar los actos de transferencia o la constitución de garantías reales sobre dichos bienes; y c) un estudio relativo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, así como del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, para ver si responden a las necesidades específicas del arbitraje por vía informática (véase A/CN.9/484, párr. 134).

206. En su actual período de sesiones, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 39º período de sesiones (A/CN.9/509), celebrado en Nueva York del 11 al 15 de marzo de 2002. La Comisión tomó nota con reconocimiento de que el Grupo de Trabajo hubiera empezado a examinar un posible instrumento internacional para regular determinadas cuestiones de contratación electrónica. La Comisión reafirmó su convicción de que sería de gran utilidad disponer de un instrumento internacional que regulara ciertas cuestiones de contratación electrónica, ya que con ello se facilitaría la utilización de los medios modernos de comunicación en las operaciones comerciales transfronterizas. La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos que había realizado al respecto. Sin embargo, la Comisión también tomó nota de las diversas opiniones que se habían expresado durante los debates del Grupo de Trabajo acerca de la forma y el alcance del instrumento, sus principios básicos y algunas de sus principales características. En particular, la Comisión tomó nota de la propuesta de que las consideraciones del Grupo de Trabajo no se limitaran a los contratos electrónicos, sino que englobaran los contratos comerciales en general, independientemente de los medios utilizados en su negociación. La Comisión estimó que los Estados miembros y observadores que participaban en las deliberaciones del Grupo de Trabajo deberían disponer de abundante tiempo para mantener consultas sobre estas importantes cuestiones. Con tal fin, la Comisión consideró que tal vez sería preferible que el Grupo de Trabajo aplazara hasta su 41º período de sesiones, en 2003, sus debates sobre un posible instrumento internacional que regulara determinadas cuestiones de contratación electrónica.

207. La Comisión tomó nota de los progresos realizados hasta la fecha por la Secretaría en relación con el estudio sobre los posibles obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en instrumentos internacionales relacionados con el comercio. La Comisión reiteró su convicción sobre la importancia de ese proyecto y reafirmó que apoyaba los esfuerzos realizados al respecto por el Grupo de Trabajo y la Secretaría. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que dedicara la mayor parte del tiempo de su 40º período de sesiones, de octubre de 2002, a un debate de fondo sobre diversas cuestiones y problemas que planteaban obstáculos jurídicos al comercio electrónico, que la Secretaría había puesto de relieve en su estudio inicial (A/CN.9/WG.IV/WP.94).

208. A este respecto, se informó a la Comisión de que la Secretaría había invitado a los Estados miembros y observadores a que presentaran observaciones escritas sobre ese proyecto y había pedido a las organizaciones internacionales, incluidas las del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales, que le presentaran sus opiniones sobre si deseaban que los instrumentos comerciales internacionales respecto de los cuales dichas organizaciones o sus Estados miembros actuaban como depositarios figuraran en el estudio. La Comisión invitó a los Estados miembros y observadores, así como a las organizaciones intergubernamentales y a las organizaciones no gubernamentales interesadas, a presentar sus observaciones a la mayor brevedad. Se estimó que las opiniones de los Estados miembros y

[20] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs. 2 y 3), párrs. 291 a 293.

observadores y las observaciones de otras organizaciones internacionales contribuirían en gran medida a asegurar que el estudio que realizaba la Secretaría reflejara los instrumentos de índole comercial adoptados en las diversas regiones representadas en la Comisión.

209. La Comisión se pronunció a favor de que el Grupo de Trabajo mantuviera en sus programas a corto y a mediano plazo y continuara examinando todas las cuestiones que se mencionaban en el párrafo 205 *supra*. Tal como ya se había indicado en el 33º período de sesiones, la labor del Grupo de Trabajo podía consistir en el examen paralelo de varias cuestiones y también en un debate preliminar sobre el contenido de un posible régimen uniforme sobre ciertos aspectos de las cuestiones antes mencionadas[21]. Con respecto a la solución de controversias por vía electrónica, la Comisión recibió información sobre la labor que realizaban o que se planteaban realizar otras organizaciones internacionales. La Comisión pidió a la Secretaría que siguiera supervisando esas actividades con miras a formular eventualmente sugerencias sobre una posible labor futura de la CNUDMI en materia de solución de controversias por vía electrónica.

VIII. DERECHO DEL TRANSPORTE

210. En su 29º período de sesiones, celebrado en 1996[22], la Comisión examinó la propuesta de incluir en su programa de trabajo un análisis de las prácticas y legislaciones actuales en materia de transporte marítimo internacional de mercancías con miras a determinar la necesidad de establecer reglas uniformes para las cuestiones no reguladas y a lograr una mayor uniformidad en las leyes[23].

211. Se informó a la Comisión de que las legislaciones nacionales y las convenciones internacionales contenían importantes lagunas, por lo que diversas cuestiones estaban sin regular. Estas lagunas constituían un obstáculo para la libre circulación de las mercancías e incrementaban el costo de las operaciones. La propagación de los medios electrónicos de comunicación en los transportes de mercaderías agravaba aún más las consecuencias de legislaciones fragmentarias y divergentes y creaba además la necesidad de establecer normas uniformes para regular los problemas inherentes a la utilización de nuevas tecnologías[23].

212. La Comisión pidió también a la Secretaría que recopilara información, ideas y opiniones sobre los problemas que se planteaban en la práctica y sobre las posibles soluciones a fin de que pudiera presentársele ulteriormente un informe al respecto. Se convino en que esta recopilación de información tuviera envergadura y abarcara, además de los gobiernos, las organizaciones internacionales que representan los sectores comerciales interesados en el 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 Transitorios y Asimilados, la Cámara Internacional de Navegación Marítima y la Asociación Internacional de Puertos[24].

213. En su 31º período de sesiones, celebrado en 1998, se hizo ante la Comisión una declaración en nombre del CMI en la que éste aceptaba la invitación de la Comisión e indicaba que estaba dispuesto a cooperar con la Secretaría recabando las opiniones de los sectores interesados en el transporte internacional de mercancías y preparando un análisis de dicha información[25].

214. En el 32º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1999, se informó en nombre del CMI de que se habían dado instrucciones a un grupo de trabajo del CMI para que preparara un estudio sobre una amplia gama de cuestiones de derecho internacional de transporte con miras a determinar los aspectos en que las industrias interesadas necesitaban la unificación y armonización del derecho[26].

215. Se informó de que el grupo de trabajo del CMI había enviado un cuestionario a todas las organizaciones afiliadas al CMI, que representaban un gran número de ordenamientos jurídicos. Una vez

[21] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 387.
[22] Ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/51/17), párr. 210.
[23] Ibíd., párr. 210.
[24] Ibíd., párr. 215.
[25] Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/53/17), párr. 264.
[26] Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 413.

recibidas las respuestas dadas al cuestionario, el CMI se proponía crear un subcomité internacional para analizar los datos y sentar las bases de la futura labor de armonización del derecho aplicable al transporte internacional de mercancías. Se había asegurado a la Comisión que el CMI le prestaría asistencia en la preparación de un instrumento armonizador de aceptación universal[27].

216. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de derecho del transporte (A/CN.9/476) en el que se describían los progresos realizados por el CMI en su labor en cooperación con la Secretaría. También se presentó a la Comisión un informe verbal en nombre del CMI según el cual el grupo de trabajo del CMI, en cooperación con la Secretaría, había iniciado una investigación basada en el cuestionario. También se señaló que, al mismo tiempo, se habían celebrado varias mesas redondas para examinar las características de la futura labor con organizaciones internacionales representativas de diversas industrias. En esas reuniones se hizo patente el apoyo y el interés que seguía manifestando la industria por el proyecto.

217. El 6 de julio de 2000, paralelamente al 33º período de sesiones de la Comisión, se celebró en Nueva York un coloquio sobre el derecho del transporte organizado conjuntamente por la Secretaría y el CMI. La finalidad del coloquio era reunir ideas y opiniones de expertos sobre problemas que se planteaban en el transporte internacional de mercancías, en particular en el transporte marítimo, determinando las cuestiones del derecho del transporte sobre las que la Comisión podría emprender una labor futura y, en la medida de lo posible, sugiriendo soluciones viables. En ese coloquio, la mayoría de los oradores reconocieron que existían importantes lagunas en las legislaciones nacionales y en los tratados internacionales, concretamente en cuestiones como el funcionamiento de los conocimientos de embarque y de las cartas de porte marítimo, la relación de esos documentos de transporte con los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador de las mercancías y la posición jurídica de las entidades que prestan fondos a las partes en contratos de transporte. Hubo consenso general en que los cambios que había traído consigo el desarrollo del transporte multimodal y la utilización del comercio electrónico hacían necesaria una reforma para regular todos los contratos de transporte, independientemente de si el transporte era unimodal o multimodal y de si el contrato se había celebrado por medios electrónicos o por escrito.

218. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición un informe del Secretario General (A/CN.9/497) que se había preparado conforme a lo solicitado por la Comisión. En el informe se resumían las consideraciones y sugerencias que se habían hecho hasta el momento en los debates del Subcomité Internacional del CMI. La finalidad del informe era ayudar a la Comisión a evaluar la amplitud y el alcance de las posibles soluciones y a decidir cómo iba a proceder. Entre las cuestiones descritas en el informe que habrían de tratarse en el futuro instrumento figuraban: el ámbito de aplicación del instrumento; el período de responsabilidad del porteador; las obligaciones del porteador; la responsabilidad del porteador; las obligaciones del cargador; los documentos de transporte; el flete; la entrega al consignatario; el derecho de control de las partes interesadas en el cargamento durante el transporte; la transferencia de derechos sobre las mercancías; la parte que tenía derecho a presentar una demanda contra el porteador; y el plazo límite para la presentación de tales demandas.

219. Según el informe, a juzgar por las consultas celebradas por la Secretaría conforme al mandato recibido de la Comisión en 1996, ya podían iniciarse los trabajos para elaborar un instrumento internacional, que posiblemente revestiría la forma de un tratado internacional, que modernizaría el derecho del transporte, tendría en cuenta los últimos adelantos tecnológicos, incluido el comercio electrónico, y eliminaría las dificultades jurídicas mencionadas por la Comisión que obstaculizaban el transporte marítimo de mercancías.

220. En su 34º período de sesiones, la Comisión decidió encomendar el proyecto al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte[28].

221. Con respecto al alcance de la labor, la Comisión, tras algunos debates, decidió que en el documento de trabajo que se presentara al Grupo de Trabajo se

[27] Ibíd., párr. 415.

[28] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 345.

trataran cuestiones de responsabilidad. La Comisión decidió también que inicialmente el Grupo de Trabajo se ocupara de las operaciones de transporte de puerto a puerto; no obstante, el Grupo de Trabajo tendría libertad para estudiar si sería conveniente y factible abordar también las operaciones de transporte de puerta a puerta, o ciertos aspectos de esas operaciones, y, en función de los resultados de esos estudios, podría recomendar a la Comisión que concediera al Grupo de Trabajo una prórroga apropiada de su mandato. Se opinó que habría que estudiar también detenidamente las soluciones que ofrecía el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991). Se convino también en que la labor se realizara en estrecha cooperación con los órganos intergubernamentales interesados que se ocuparan del derecho de transporte (como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Comisión Económica para Europa (CEPE) y otras comisiones regionales de las Naciones Unidas, y la Organización de los Estados Americanos), así como organizaciones internacionales no gubernamentales[28].

222. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición el informe del noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte, celebrado en Nueva York del 15 al 26 de abril de 2002, durante el cual se inició el examen del proyecto (A/CN.9/510). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo emprendió un examen preliminar de las disposiciones del proyecto de instrumento sobre derecho del transporte que figuraba en una adición a la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21, anexos I y III). El Grupo de Trabajo también tuvo a su disposición las observaciones preparadas por la CEPE y la UNCTAD, que se reproducían en los anexos de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, anexos I y II). Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no concluyó el examen del proyecto de instrumento, que se ultimará en su décimo período de sesiones. La Comisión señaló que se había pedido a la Secretaría que preparara disposiciones revisadas del proyecto de instrumento basándose en las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/510, párr. 21). La Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por la labor que ya había realizado.

223. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo, consciente del mandato que le había encomendado la Comisión (y en particular del hecho de que la Comisión había decidido que el Grupo de Trabajo estudiara inicialmente las operaciones de transporte de puerto a puerto, pero que tenía libertad para estudiar si sería conveniente y factible tratar de abordar también las operaciones de transporte de puerta a puerta, o ciertos aspectos de esas operaciones), había adoptado el criterio de que sería conveniente incluir también en sus debates las operaciones de puerta a puerta y abordar esas operaciones formulando un régimen que resolviera todo conflicto entre el proyecto de instrumento y las disposiciones que rigieran el transporte terrestre en los casos en que el transporte marítimo fuera complementado por uno o más tramos terrestres (las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del alcance del proyecto de instrumento figuran expuestas en los párrafos 26 a 32 del documento A/CN.9/510). Se señaló asimismo que el Grupo de Trabajo consideraba útil continuar sus deliberaciones sobre el proyecto de instrumento suponiendo provisionalmente que abarcaría las operaciones de transporte de puerta a puerta. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo había pedido a la Comisión que aprobara este enfoque (A/CN.9/510, párr. 32).

224. Con respecto al alcance del proyecto de instrumento, varias delegaciones se declararon firmemente partidarias de la hipótesis de trabajo conforme a la cual el proyecto de instrumento abarcaría las operaciones de transporte de puerta a puerta. Se señaló que la armonización del régimen legal de los transportes de puerta a puerta era una necesidad práctica, habida cuenta de que cada vez eran más frecuentes las situaciones en que los transportes (en particular los transportes de mercancías en contenedores) se regían por contratos de puerta a puerta. Si bien no hubo objeciones frente a esta ampliación del alcance del proyecto de instrumento, se opinó en general que, para continuar sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo debía recabar la participación de organizaciones internacionales como la Unión Internacional de Transportes por Carretera, la Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril y de otras organizaciones internacionales que se ocupaban del transporte terrestre. Se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara los peligros que podía entrañar el hecho de hacer extensivas las reglas del transporte marítimo al transporte terrestre, y a que, al elaborar el proyecto de

instrumento, tuviera en cuenta las necesidades concretas del transporte terrestre. La Comisión invitó también a los Estados miembros y observadores a incluir a expertos en transporte terrestre en las delegaciones que participaran en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Además, la Comisión invitó al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y al Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) a que coordinaran sus trabajos en lo relativo a la documentación de transporte desmaterializada, es decir, electrónica. Si bien se convino en general en que el proyecto de instrumento previera mecanismos apropiados para evitar posibles conflictos entre el proyecto de instrumento y otros instrumentos multilaterales (en particular los instrumentos que contenían reglas imperativas aplicables a los transportes terrestres), se expresó la opinión de que el hecho de evitar esos conflictos no sería suficiente para garantizar una amplia aceptación del proyecto de instrumento, a menos que éste previera disposiciones de fondo en que se establecieran reglas aceptables a la vez para el transporte marítimo y para el transporte terrestre. Se invitó al Grupo de Trabajo a estudiar la posibilidad de que el proyecto de instrumento previera conjuntos de reglas separados pero vinculados entre sí (algunas de cuyas reglas pudieran ser de carácter facultativo) para el transporte marítimo y el transporte por carretera. Tras un debate, la Comisión aprobó la hipótesis de trabajo de que el proyecto de instrumento abordara las operaciones de transporte de puerta a puerta, a reserva de que se reexaminara el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento una vez que el Grupo de Trabajo hubiera estudiado las disposiciones de fondo del proyecto de instrumento y hubiera adoptado una concepción más completa de su funcionamiento en las operaciones de puerta a puerta.

IX. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

225. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión aprobó la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, consistente en las recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.9), con las enmiendas aprobadas por la Comisión en ese período de sesiones y las notas de las recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.1 a 8), que la Secretaría fue autorizada a ultimar a la luz de los debates de la Comisión[29]. La Guía Legislativa se publicó en todos los idiomas oficiales en 2001.

226. La Comisión examinó también una propuesta sobre la futura labor en esa esfera. Se sugirió que, aunque la Guía Legislativa sería una referencia útil para los legisladores nacionales en la creación de un marco jurídico favorable a la inversión privada en infraestructura pública, sería, no obstante, deseable que la Comisión formulase directrices más concretas en la forma de disposiciones legislativas modelo o incluso de una ley modelo dedicada a cuestiones concretas[30].

227. Después del examen de esa propuesta, la Comisión decidió examinar la cuestión de la conveniencia y viabilidad de preparar una ley modelo o disposiciones legislativas modelo sobre cuestiones incluidas en la Guía Legislativa en su 34º período de sesiones, que se celebró en 2001. A fin de prestar ayuda a la Comisión para poder adoptar una decisión fundada sobre la cuestión, se pidió a la Secretaría que organizara un coloquio, en cooperación con otras organizaciones internacionales interesadas o con instituciones financieras institucionales, a fin de difundir el conocimiento de la guía legislativa[31].

228. Se organizó un Coloquio con el título “Infraestructura con Financiación Privada: Marco Jurídico y Asistencia Técnica”, con el copatrocinio y la asistencia en la organización de la Public-Private Infrastructure Advisory Facility, un servicio de asistencia técnica financiado por varios donantes y dedicado a ayudar a los países en desarrollo a mejorar la calidad de su infraestructura mediante la participación del sector privado. Se celebró del 2 al 4 de julio de 2001 en Viena, durante la segunda semana del 34º período de sesiones de la Comisión.

229. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los resultados del Coloquio, resumidos en una nota de la Secretaría (A/CN.9/488). La Comisión expresó su gratitud a la Public Private Infrastructure Advisory Facility por el apoyo financiero y organizativo, así como a las diversas organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales que

[29] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 195 a 372.
[30] Ibíd., párr. 375.
[31] Ibíd., párr. 379.

estuvieron representadas y a los oradores que intervinieron en el Coloquio.

230. La Comisión examinó la conveniencia y la viabilidad de emprender una ulterior labor en la esfera de los proyectos de infraestructura con financiación privada[32]. Tras un debate, la Comisión acordó que debía confiarse a un grupo de trabajo la tarea de redactar disposiciones legislativas modelo básicas en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión opinó que, para que se pudiera realizar la labor complementaria sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada en un plazo razonable, era indispensable seleccionar un tema concreto entre las cuestiones abordadas en la Guía Legislativa. En consecuencia, se acordó que el primer período de sesiones de ese grupo de trabajo se dedicara a determinar las cuestiones concretas sobre las que cabría formular disposiciones legislativas modelo, posiblemente para incluirlas en una adición de la Guía Legislativa[33].

231. El Grupo de Trabajo, con el nombre de Grupo de Trabajo I (Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada), celebró su cuarto período de sesiones (el primero dedicado a ese tema), del 24 al 28 de septiembre de 2001 en Viena. El Grupo de Trabajo decidió usar las recomendaciones legislativas contenidas en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada como base de sus deliberaciones.

232. De conformidad con una sugerencia formulada en el Coloquio (A/CN.9/488, párr. 19), se invitó al Grupo de Trabajo a dedicar su atención a una fase concreta de los proyectos de infraestructura, a saber, la selección del concesionario, con miras a formular propuestas concretas redacción de disposiciones legislativas. No obstante, el Grupo de Trabajo fue de la opinión de que podrían ser convenientes disposiciones legislativas modelo sobre diversos otros temas (véase el documento A/CN.9/505, párrs. 18 a 174). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara proyectos de disposiciones legislativas modelo en la esfera de los proyectos de infraestructura con financiación privada, basados en sus deliberaciones y decisiones, para presentárselos en su quinto período de sesiones para su examen y ulterior análisis.

233. En su actual período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su cuarto período de sesiones (A/CN.9/505). La Comisión encomió al Grupo de Trabajo y la Secretaría por los progresos realizados hasta el momento en el desarrollo de un conjunto de proyectos de disposición legislativa modelo para la Guía Legislativa. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que examinara los proyectos de disposición legislativa modelo con miras a terminar su labor en su quinto período de sesiones. Se afirmó que la pronta finalización de los proyectos de disposición legislativa modelo por parte del Grupo de Trabajo facilitaría la oportuna distribución de esos proyectos a los Estados y las organizaciones para que formularan sus observaciones y su examen a efectos de su aprobación por la Comisión, como una adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, en su 36º período de sesiones, en 2003.

X. VIGILANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958

234. Se observó que la Comisión, en su 28º período de sesiones, celebrado en 1995, había aprobado el proyecto, realizado conjuntamente con el Comité D de la AIA, dirigido a la vigilancia de la aplicación legislativa de la Convención de Nueva York[34]. Se observó asimismo que la finalidad del proyecto, aprobado por la Comisión, se circunscribía a este objetivo y, en particular, que su objetivo no era vigilar las distintas decisiones de los tribunales que aplicara la Convención. Además, se observó que, al comienzo del actual período de sesiones de la Comisión, la Secretaría había recibido 61 respuestas al cuestionario enviado a los Estados Partes en la Convención (de un total actual de 130 Estados Partes) relativo al régimen jurídico que en esos Estados regía el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros.

235. La Comisión instó a la Secretaría a que intensificara sus esfuerzos por obtener la información necesaria para preparar el informe y, con ese fin,

[32] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párrs. 366 a 368.

[33] Ibíd., párr. 369.

[34] Ibíd., *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/50/17), párrs. 401 a 404.

distribuyera el cuestionario entre los Estados Partes en la Convención que todavía no lo habían contestado para que lo hiciesen lo antes posible o, en la medida necesaria, informaran a la Secretaría sobre las novedades producidas desde sus anteriores respuestas al cuestionario. La Secretaría fue también instada a que obtuviese información de otras fuentes, en particular, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. Tras un debate, se pidió a la Secretaría que preparara, para un futuro período de sesiones de la Comisión, una nota en la que se presentaran las conclusiones basadas en el análisis de la información reunida, que pudiera ser puesta al día.

236. En el examen de la importancia del proyecto, se señaló a la atención de la Comisión el ejemplo de la industria algodonera. Como se observaba en una carta recientemente enviada a la Secretaría por el Comité Consultivo Internacional del Algodón, organización intergubernamental de Estados con un interés en la producción, la exportación, la importación y el consumo de algodón, en 2001 cerca de dos tercios de los laudos arbitrales dictados en relación con el comercio internacional del algodón fueron dejados de lado por la parte incumplidora y ese hecho socavaba la confianza en el sistema de comercialización del algodón e imponía gastos a lo largo de toda la cadena que el algodón recorría. Se estimó ampliamente que el incumplimiento de los laudos arbitrales era un asunto grave que requería atención inmediata, dado que podía socavar la eficiencia del arbitraje y la fiabilidad de los contratos, cosa que podía perturbar gravemente el comercio internacional. A ese respecto, se puso de relieve la necesidad de mayores esfuerzos de la Comisión en la esfera de la capacitación y la asistencia y que podría ser útil celebrar coloquios judiciales dirigidos a fomentar un intercambio de opiniones entre jueces en cuanto a la interpretación y la aplicación de la Convención. Se notó que se podían dedicar más recursos de secretaría a ese esfuerzo sólo si se reforzaba la Secretaría de la Comisión (para la continuación del examen de la cuestión del reforzamiento de la Secretaría de la Comisión, véanse los párrafos 258 a 271 *infra*).

XI. AUMENTO DEL NÚMERO DE MIEMBROS DE LA COMISIÓN

237. La Comisión tomó nota de la decisión 56/422 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, por la que la Asamblea, por recomendación de la Sexta Comisión y tras haber examinado un informe del Secretario General (A/56/315), decidió aplazar el examen del aumento del número de miembros de la Comisión, así como la adopción de una decisión al respecto, hasta su quincuagésimo séptimo período de sesiones, en relación con el tema titulado “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones”.

238. Hubo acuerdo general en que había que aumentar el número de miembros de la Comisión lo antes posible. Recordando un debate análogo celebrado en su 34º período de sesiones[35], la Comisión estimó en general que la ampliación de la Comisión garantizaría que el órgano siguiera siendo representativo de todas las tradiciones jurídicas y todos los sistemas económicos, en particular visto el aumento sustancial de los miembros de la Organización. Además, se observó que una ampliación de la Comisión la ayudaría a cumplir mejor su mandato recurriendo a una masa de expertos de un mayor número de países y lograr un creciente grado de aceptación de sus textos. Se afirmó asimismo que esa ampliación reflejaría adecuadamente la considerable relevancia que había cobrado el derecho mercantil internacional para el desarrollo económico y el mantenimiento de la paz y la estabilidad. Además, se dijo que la ampliación de la Comisión fomentaría la participación de los Estados que no podían justificar los recursos humanos y de otra índole necesarios para la preparación y asistencia a las reuniones de la Comisión y sus grupos de trabajo, a menos que fueran miembros de ellos. Se afirmó asimismo que una ampliación facilitaría la coordinación con la labor de otras organizaciones que se dedicaban a la unificación del derecho privado en la medida en que la coincidencia entre los miembros de la Comisión y los de esas organizaciones se vería aumentada. También se observó que una ampliación de la Comisión no afectaría a su eficiencia ni a sus métodos de trabajo y tampoco afectaría, en particular, a la participación como observadores de Estados no miembros y organizaciones internacionales activas en la esfera del derecho mercantil internacional tanto gubernamentales como no gubernamentales, ni al

[35] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 371.

principio de alcanzar las decisiones por consenso sin una votación oficial.

239. En cuanto a las dimensiones de la ampliación, se expresó alguna preferencia por 60 Estados miembros, mientras que también se hizo referencia a 72 Estados miembros. En cuanto a la distribución de escaños entre los grupos geográficos, se expresaron opiniones divergentes. Se opinó que la distribución se debía considerar sobre la base de un trato igualitario y justo a fin de evitar toda representación insuficiente, en atención al principio de representación en pie de igualdad que subyace tras el párrafo 1 del Artículo II de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, se opinó también que debía conservarse la proporción actual entre los grupos regionales. Tras un debate, se convino en que ambos asuntos debían dejarse en manos de la Sexta Comisión.

XII. JURISPRUDENCIA SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI

A. Jurisprudencia

240. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las actividades que se llevaban a cabo en el marco del sistema establecido para la recopilación y difusión de jurisprudencia sobre los textos de la CNUDMI (CLOUT), que comprendían la preparación de resúmenes de casos, la compilación de textos completos de las decisiones y la preparación de instrumentos para facilitar la investigación y de carácter analítico como tesauros e índices. Se señaló que, hasta el actual período de sesiones de la Comisión, se habían publicado 36 documentos de la serie CLOUT en los que se resumían 420 casos. Se observó que esta serie de documentos constituía un aspecto importante de las actividades generales de información sobre capacitación y asistencia técnica emprendidas por la CNUDMI. A este respecto, se hizo notar que la amplia difusión del sistema CLOUT tanto en su forma impresa como electrónica (véase http://www.uncitral.org, bajo “CLOUT”) promovía la interpretación y aplicación uniformes de los textos de la CNUDMI, porque gracias a tal difusión las personas interesadas, como los jueces, los árbitros, los abogados u otras partes en operaciones comerciales, podían tener presentes los fallos y laudos de otros países al dictar sus propias sentencias o al emitir sus dictámenes, o podían adaptar su proceder a la interpretación predominante en esos textos.

241. La Comisión expresó su reconocimiento a los corresponsales nacionales por su labor de recopilación de las sentencias y de los laudos arbitrales pertinentes y por la preparación de resúmenes sobre los casos de interés. Asimismo, agradeció la compilación, edición, publicación y distribución de los resúmenes, así como la preparación de una nueva versión electrónica mejorada del Tesauro relativo a la Ley Modelo sobre Arbitraje, que fue ultimado tras su distribución a los corresponsales nacionales para que hiciesen observaciones.

242. La Comisión tomó nota de que actualmente el sistema CLOUT contiene sobre todo casos de interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y de la Ley Modelo sobre Arbitraje. Se convino en hacer lo necesario para ampliar el contenido de los resúmenes e incluir en ellos casos y decisiones arbitrales en los que se interpreten también otros textos de la CNUDMI, entre otros, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de Hamburgo), y la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.

B. Resumen de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

243. La Comisión recordó que, en su 34º período de sesiones, había pedido a la Secretaría que preparara, en cooperación con expertos y corresponsales nacionales, un texto en forma de resumen analítico de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales en que se expusieran las tendencias de interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se observó que el texto estaba en preparación y que se preveía distribuir una versión preliminar del mismo a los corresponsales nacionales, que ultimaría la Secretaría a la luz de las observaciones recibidas. Se señaló también que la Secretaría trabajaba con la asistencia de expertos y corresponsales nacionales para recopilar casos, evaluar su importancia y preparar los resúmenes

preliminares. La Comisión expresó su reconocimiento a los expertos y a los corresponsales nacionales por sus esfuerzos en la preparación de los primeros proyectos de capítulo del resumen sobre la Convención. En vista de la importancia del arbitraje comercial internacional y de la pertinencia que tenía, en este contexto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un resumen similar de jurisprudencia sobre la Ley Modelo. La Comisión consideró también que la Secretaría debería estudiar si sería factible preparar un resumen de esta índole referente a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) (la Convención de Nueva York).

XIII. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA

244. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/515) en la que se reseñaban las actividades de formación y asistencia técnica llevadas a cabo desde el 34º período de sesiones y se indicaba la orientación de las actividades previstas para el futuro, habida cuenta en particular del aumento del número de solicitudes recibidas por la Secretaría. Se observó que las actividades de formación y asistencia técnica solían revestir la forma de seminarios y misiones de información, cuyo objeto era explicar los aspectos más destacados de los textos de la CNUDMI y las ventajas que tendría su adopción para los Estados. La Comisión tomó nota además de que esos seminarios y misiones de información solían ir seguidos de asistencia para redactar o ultimar legislación basada en un texto de la CNUDMI.

245. Se informó de que desde el período de sesiones anterior se habían organizado seminarios y misiones de información en los siguientes lugares y fechas: Vilnius (11 a 13 de junio de 2001); Uagadugú (18 a 22 de junio de 2001); Santo Domingo (20 y 21 de junio de 2001); Nairobi (10 a 13 de septiembre de 2001); Minsk (26 a 28 de septiembre de 2001); Kiev (2 a 4 de octubre de 2001); Dubrovnik (Croacia) (1º a 5 de octubre de 2001); Lima (15 y 16 de octubre de 2001); Arequipa (Perú) (18 y 19 de octubre de 2001); Bogotá (25 y 26 de octubre de 2001); Hanoi (6 a 12 de diciembre de 2001); Phnom Penh (3 a 5 de abril de 2002), y Yakarta (8 a 10 de abril de 2002). Miembros de la Secretaría participaron como oradores en muchas reuniones organizadas por otras organizaciones. La secretaría informó de que se habían tenido que rechazar algunas solicitudes por falta de recursos suficientes y de que para el resto de 2002 sólo podrían atenderse algunas de las solicitudes formuladas por países de África, Asia, América Latina y Europa oriental.

246. La Comisión agradeció a la secretaría de la CNUDMI las actividades realizadas desde el período de sesiones anterior e hizo hincapié en la importancia del programa de formación y asistencia técnica para las actividades de unificación y armonización que son una parte fundamental del mandato de la Comisión. Según la opinión general, la formación y la asistencia técnica eran especialmente útiles para los países en desarrollo y países con economías en transición que carecían de competencia técnica en los ámbitos de derecho mercantil de que se ocupaba la CNUDMI. Se señaló que las actividades de formación y asistencia técnica de la Secretaría podían desempeñar una función importante en los esfuerzos de integración económica que desplegaban muchos países.

247. La Comisión tomó nota de los diversos tipos de asistencia técnica que podrían prestarse a los Estados que preparaban leyes basadas en los textos de la CNUDMI, como un examen de los anteproyectos de ley desde el punto de vista de los textos de la CNUDMI, la preparación de normas para la promulgación de esas leyes y observaciones sobre los informes de las comisiones de reforma legislativa, así como reuniones de información para legisladores, jueces, árbitros, oficiales de compras y otros usuarios de los textos de la CNUDMI incorporados a la legislación nacional. La Comisión convino en que el renovado interés en la reforma del derecho mercantil ofrecía una oportunidad decisiva para que la Comisión promoviera de forma significativa sus objetivos, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966. La opinión general era que, gracias a su labor equilibrada de los últimos 35 años para facilitar el desarrollo del comercio internacional en una economía mundializada, sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo, la Comisión podía hacer un aporte excepcional a la difusión justa y equitativa de los beneficios de la mundialización entre todos los países.

248. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las contribuciones aportadas al programa de

capacitación y asistencia técnica por Chipre, Francia, Grecia y Suiza. Además, agradeció a Austria, Camboya, Chipre, Kenya, México y Singapur sus contribuciones al fondo fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a países en desarrollo miembros de la CNUDMI desde su establecimiento. También expresó su agradecimiento a los demás Estados y organizaciones que habían contribuido a su programa de formación y asistencia aportando fondos o personal o acogiendo seminarios.

249. Subrayando la importancia de contar con financiación extrapresupuestaria para la ejecución de las actividades de formación y asistencia técnica, la Comisión instó una vez más a todos los Estados, organizaciones internacionales y demás organismos interesados a que estudiaran la posibilidad de aportar contribuciones a los fondos fiduciarios de la CNUDMI a fin de que la Secretaría pudiera atender el número cada vez mayor de solicitudes de formación y asistencia procedentes de países en desarrollo y nuevos Estados independientes y para que los delegados de países en desarrollo pudieran asistir a las reuniones de la Comisión. Se sugirió asimismo que la Secretaría se esforzase por recabar activamente aportaciones de países y organizaciones donantes, por ejemplo formulando propuestas concretas de proyectos en apoyo de sus actividades de formación y asistencia técnica.

250. Teniendo en cuenta los limitados recursos presupuestarios y extrapresupuestarios de que disponía la secretaría de la Comisión, se expresó profunda preocupación por el hecho de que la Comisión no pudiera ejecutar plenamente su mandato en materia de formación y asistencia técnica. Se expresó asimismo la inquietud de que si no había una cooperación y coordinación eficaces entre la Secretaría y los organismos de asistencia para el desarrollo que prestaban asistencia técnica o que la financiaban, la asistencia internacional podría dar lugar a la adopción de leyes nacionales que no representaran las normas acordadas a nivel internacional, incluidas las convenciones y las leyes modelo de la CNUDMI.

251. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las primeras medidas adoptadas para cumplir la solicitud de la Asamblea General del año anterior de que el Secretario General aumentara considerablemente los recursos humanos y financieros destinados a la secretaría de la CNUDMI. Sin embargo, la Comisión observó también que aún no se había concluido la tarea y que todavía no se había reemplazado a los dos miembros de su secretaría que habían dejado sus cargos desde el último período de sesiones. Por tanto, a fin de velar por la aplicación eficaz de su programa de formación y asistencia, así como por la publicación y difusión puntuales de sus trabajos, la Comisión decidió recomendar que la Asamblea General estudiara la posibilidad de pedir al Secretario General que intensificara y agilizara sus medidas para reforzar la secretaría de la Comisión dentro de los límites de los recursos disponibles en la Organización (véanse los párrafos 258 a 271 *infra*).

XIV. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI

252. Tomando como base un nota de la Secretaría (A/CN.9/516), la Comisión examinó la situación de las convenciones y leyes modelo dimanadas de su labor, así como la situación de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). La Comisión observó con agrado las nuevas medidas adoptadas por Estados y jurisdicciones con posterioridad al 13 de julio de 2001 (fecha de la conclusión del 34º período de sesiones de la Comisión) con respecto a los siguientes instrumentos:

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

b) Convención [no enmendada] sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974). Número de Estados parte: 24;

c) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo). Número de Estados parte: 28;

d) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Nuevas adhesiones de Colombia e Israel; número de Estados parte: 61;

e) Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (Nueva York, 1988). Nueva adhesión

de Honduras. La Convención tiene tres Estados parte; para su entrada en vigor se necesitan siete adhesiones más;

f) Convenio de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991). El Convenio tiene dos Estados parte; para su entrada en vigor se necesitan tres adhesiones más;

g) Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995). Nueva adhesión de Belarús; número de Estados parte: 6;

h) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Nuevas adhesiones de Irán (República Islámica del), Islandia y Zambia; número de Estados parte: 129;

i) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985. Nuevos Estados que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Croacia;

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. Nuevos Estados que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Eslovaquia, Mauricio, Mongolia y República Unida de Tanzanía;

l) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, 1996. Nuevos Estados que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Eslovenia, Estados de Jersey (Dependencia de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Filipinas e Irlanda;

m) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, 1997. Nuevo Estado que ha promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Montenegro, parte de Yugoslavia.

253. Además se informó de que Luxemburgo había firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Se expresó beneplácito por esas medidas legislativas respecto de los textos de la Comisión. Se pidió a los Estados que habían promulgado o fuesen a promulgar una ley modelo preparada por la Comisión, o que estuvieran estudiando la adopción de medidas legislativas en relación con una convención dimanada de la labor de la Comisión, que informaran a la secretaría de la Comisión al respecto. Esa información sería de utilidad para otros Estados al examinar la adopción de medidas legislativas similares. Se sugirió estudiar las actividades de presentación de informes respecto de las medidas legislativas sobre textos de la CNUDMI y sobre las legislaciones en las que haya influido un texto de la Comisión.

254. Los representantes y observadores de varios Estados informaron de que se estaba considerando la adopción de medidas oficiales con miras a la adhesión a diversas convenciones y a la promulgación de legislación basada en diversas leyes modelo preparadas por la Comisión. Además se expresó la opinión de que la labor de la Comisión tenía consecuencias generales positivas, pues ponía de relieve los beneficios que podían obtenerse de textos jurídicos uniformes, incluso antes de que los adoptaran los Estados.

255. En general, la Comisión opinó que sus actividades en pro de la unificación y la armonización del derecho mercantil tenían consecuencias generales positivas, pero que no podían ser completas ni dar resultados concretos a menos que los textos preparados por la Comisión fueran adoptados por los Estados y aplicados de manera uniforme. Con objeto de garantizarlo, la Comisión pidió a la Secretaría que redoblase sus esfuerzos para ayudar a los Estados a estudiar la adopción de los textos preparados por la Comisión (véase también el párrafo 250 *supra*). La Comisión hizo también un llamamiento a los Estados y a las organizaciones pertinentes de los sectores público y privado para que ayudasen a la Secretaría en esa tarea, por ejemplo, efectuando contribuciones al Fondo Fiduciario para la organización de simposios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o aunando esfuerzos con la Secretaría en sus programas de asistencia para la reforma legislativa. La Comisión hizo un llamamiento también a los representantes y observadores que han venido participando en las reuniones de la Comisión y de sus grupos de trabajo para que contribuyeran, en la medida en que lo consideraran adecuado, a facilitar que los órganos legislativos de sus países estudiasen los textos de la Comisión.

XV. RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LA LABOR DE LA COMISIÓN

256. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las resoluciones de la Asamblea General 56/79, relativa al informe de la Comisión sobre la labor de su 34º período de sesiones, 56/80, relativa a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, y 56/81, relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, todas ellas de fecha 12 de diciembre de 2001.

257. La Comisión también tomó nota de la decisión 56/422 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, por la que la Asamblea General, por recomendación de la Sexta Comisión y tras examinar un informe del Secretario General (A/56/315), decidió aplazar hasta su quincuagésimo séptimo período de sesiones el examen de la ampliación de la composición de la Comisión, así como su decisión al respecto, cuestión que entraba en el tema titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones".

Fortalecimiento de la secretaría de la CNUDMI

258. La Comisión tomó nota del párrafo 13 de la resolución 56/79 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, relativa al informe de la Comisión sobre su 34º período de sesiones, el cual decía, entre otras cosas, lo siguiente:

> "*Reitera*, en vista del incremento del programa de trabajo de la Comisión, su petición al Secretario General de que, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles en la Organización, fortalezca la secretaría de la Comisión para asegurar y mejorar la ejecución eficaz del programa de la Comisión."

259. El 9 de abril de 2002, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General 48/218 B, de 29 de julio de 1994, y 54/244, de 23 de diciembre de 1999, el Secretario General había solicitado un informe a la Oficina de Servicios de Supervisión Interna sobre la evaluación a fondo de los asuntos jurídicos (E/AC.51/2002/5). El informe se había sometido al examen de los departamentos y oficinas pertinentes. El Secretario General había tomado nota de sus conclusiones y se había adherido a sus recomendaciones.

260. La evaluación general de las actividades de la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional, que hace las veces de secretaría de la CNUDMI, era sumamente positiva. Las entrevistas con miembros de la Comisión, delegados de los Estados Miembros y representantes de organizaciones no gubernamentales y otros organismos indicaban que la secretaría prestaba un apoyo cualitativamente eficaz, técnicamente competente y puntual. Se hacía especial mención de la capacidad de la Subdivisión para abordar equilibradamente las cuestiones. Aun así, en el informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna se mencionaban algunos aspectos susceptibles de mejora, concretamente la coordinación con otras organizaciones, el fomento de una aplicación e interpretación uniformes de los textos de la CNUDMI y la asistencia técnica para la reforma del derecho mercantil. En consecuencia, en el informe de la OSSI figuraban dos recomendaciones: que se intensificara la coordinación con organizaciones que se ocupaban del derecho mercantil (recomendación 13) y se fomentara una participación más amplia en los convenios y convenciones internacionales de derecho mercantil y en la utilización de las leyes modelo (recomendación 14). La Comisión señaló que se estaban estudiando medidas para poner en práctica esas recomendaciones.

261. Con respecto al programa de trabajo ampliado de la CNUDMI, el informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna decía lo siguiente (E/AC.51/2002/5, párr. 66):

> "En los últimos años la CNUDMI ha estudiado las consecuencias que tendría ampliar su número de miembros. En diciembre de 2001, la Asamblea General aplazó esta cuestión para examinarla en una fecha posterior. Se han revisado también los métodos de trabajo de la Comisión. De las propuestas contenidas en la nota de la Secretaría sobre los métodos de trabajo, la Comisión manifestó su preferencia por un aumento del número de grupos de trabajo, reduciendo de dos semanas a una la duración del período de sesiones de cada grupo de trabajo. *Si*

bien de este modo el número de grupos de trabajo podría aumentarse de tres a seis (dentro de los créditos ya asignados para conferencias) y se podría atender la demanda de trabajo sobre más temas, haría falta una mayor aportación de la Subdivisión. Lo más probable es que esto sólo se consiga en parte racionalizando los métodos de trabajo. Algunos participantes en la Comisión y observadores de su trabajo dijeron [a la Oficina de Servicios de Supervisión Interna] que la ampliación de los grupos de trabajo se reconocía como una indicación de la creciente importancia *de disponer de unas normas uniformes de derecho mercantil en una economía globalizada, y la demanda cada vez mayor al respecto*. También se celebró la limitación de la duración de los grupos, ya que facilitaría la asistencia. Sin embargo, se expresaron repetidamente dudas acerca de si la Subdivisión lograría mantener la calidad y la eficiencia de su trabajo. A excepción de un puesto del cuadro orgánico de categoría P-4 que se añadió en 2001, los recursos de personal se han mantenido en el nivel de 1968, con 10 funcionarios del cuadro orgánico y siete de servicios generales. Parece oportuno analizar y volver a valorar los requisitos de personal y otros apoyos que conllevará la ampliación de los grupos de trabajo. Puesto que las cuestiones tratadas interesan a otras organizaciones, la Subdivisión podría plantearse además una estrategia para recaudar fondos de asociados de las Naciones Unidas y del exterior, de conformidad con la resolución 51/161 de la Asamblea General. La Comisión decidió examinar las aplicaciones prácticas de los nuevos métodos de trabajo en un futuro período de sesiones."

262. La correspondiente recomendación dice lo siguiente:

"Recomendación 15: Programa ampliado de trabajo de la CNUDMI

La Oficina de Asuntos Jurídicos debería examinar los servicios de secretaría que requeriría la expansión de tres a seis grupos de trabajo de la CNUDMI y presentarle, en su próxima reunión sobre las aportaciones prácticas de los nuevos métodos de trabajo, distintas opciones para garantizar los servicios de secretaría necesarios."

263. Al formular esa recomendación, la Oficina de Servicios de Supervisión Interna tuvo presentes sus posibles repercusiones financieras y observó que, a su juicio, "la aplicación de algunas recomendaciones, en particular las recomendaciones 4a), 4b), 7 y 15, podría requerir recursos adicionales, por lo cual la Oficina de Asuntos Jurídicos debería preparar una justificación detallada que se examinaría mediante el proceso debido de examen del presupuesto por programas" (E/AC.51/2002/5, párr. 82).

264. La Oficina de Asuntos Jurídicos analizó la forma de cumplir la recomendación 15 del informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna. La conclusión preliminar de estas deliberaciones internas era que posiblemente una solución duradera para asegurar un aumento de la eficiencia en la labor de la Comisión no daría resultado de no ir acompañada de un importante fortalecimiento de la secretaría de la Comisión. Conviene recordar que, a raíz de las solicitudes de los Estados Miembros de que la CNUDMI preparara normas jurídicas sobre un número cada vez mayor de temas, la secretaría estaba actualmente plenamente ocupada con al menos ocho proyectos de importancia, lo cual significaba que en 2001 el número de proyectos importantes que figuraban en el programa de la Comisión habían aumentado más del doble en comparación con años anteriores. En la práctica, eso significaba que para cada proyecto no había más que un oficial jurídico disponible para concentrarse en cada proyecto, y además cada uno de estos oficiales debía cumplir otras funciones como las de investigación y redacción de documentos para diversos grupos de trabajo y para la Comisión, y también debía ocuparse de actividades de coordinación del trabajo con las organizaciones que preparaban textos de derecho mercantil, la capacitación y la asistencia, publicaciones e información. Así pues, las únicas opciones viables consistían en reducir drásticamente el actual programa de trabajo de la CNUDMI o en incrementar de forma considerable los recursos de su secretaría.

265. La Comisión tomó nota de que una posible reducción del programa de trabajo de la CNUDMI podría ir en contra de varios de los principales objetivos de las Naciones Unidas. La promoción de mayores niveles de vida, del progreso social y del

desarrollo económico sostenible figuraban entre los objetivos más importantes de las Naciones Unidas. Estos objetivos habían adquirido una importancia aun mayor a raíz de la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas, en la que los jefes de Estado y de Gobierno del mundo entero se habían comprometido a mejorar sustancialmente las condiciones de vida de sus ciudadanos adoptando una serie de medidas concretas enunciadas en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas. El crecimiento económico, la modernización política, la protección de los derechos humanos y otros objetivos de envergadura de las Naciones Unidas estaban subordinados, al menos en parte, al "imperio de la ley". Por consiguiente, las autoridades normativas de los países en desarrollo y de los países con economías en transición trataban de encontrar formas de establecer el imperio de la ley en su respectivos países o de reforzar tal principio. El desarrollo económico resultante de la modernización de los países y de la armonización de su legislación comercial beneficiaba directamente a todos los sectores demográficos de los países en desarrollo. La salud y la educación infantil mejoraba paralelamente al crecimiento económico, ya que ya no se precisaba mano de obra infantil. La mujer había podido incrementar su participación en el mercado. Los agricultores y los pescadores podían proteger el medio ambiente gracias a las oportunidades que se les daban para seguir prácticas menos destructivas. Se fomentaban los valores de la paz y de los derechos humanos como fundamento de la estabilidad. En varios casos, la CNUDMI había contribuido y seguía contribuyendo notablemente a facilitar una serie de actividades económicas básicas para un buen funcionamiento de la economía abierta, con lo cual se ayudaba a los países en desarrollo a beneficiarse plenamente de las ventajas del mercado global. Como ejemplo de actividades en que la CNUDMI merecía reconocimiento y para las cuales seguía siendo indispensable figuraban las encaminadas a: facilitar el acceso de las pequeñas empresas a los mercados internacionales mediante el comercio electrónico; perfeccionar el marco para un desarrollo de las infraestructuras con criterios ecológicos mediante legislación adecuada sobre proyectos de infraestructura con financiación privada; combatir la corrupción en la contratación pública mediante la modernización de la legislación sobre la contratación gubernamental y pública en general; facilitar a las empresas comerciales el acceso a crédito financiero, incluido el crédito transfronterizo, mediante la elaboración de modelos de legislación sobre operaciones financieras garantizadas; y reforzar la estabilidad de las economías nacionales preparando modelos que servían de base para la legislación nacional en materia de insolvencia. Estos logros no sólo ilustraban el papel positivo desempeñado por la CNUDMI, sino que además hacían patente la necesidad de intensificar las actividades, pero en ningún caso de reducir su programa de trabajo.

266. Con respecto a la necesidad de promover una participación más amplia en los convenios y convenciones internacionales de derecho mercantil y una mayor utilización de las leyes modelo, la Comisión observó que ese aspecto requería también una intensificación de la labor de la CNUDMI, tal como había señalado el Secretario General en su informe sobre la labor de la Organización, a fin de establecer el principio del imperio de la ley en los negocios internacionales como prioridad básica[36]. Tal como señaló el Secretario General, quedaba mucho por hacer; convenía tener presente que con mucha frecuencia se denegaban a las personas y empresas los derechos y beneficios que el derecho internacional y los tratados preveían[37]. Muchos Estados no llegaban a firmar ni a ratificar los tratados, no por falta de voluntad política, sino porque carecían simplemente de personal técnico suficiente a la hora de aplicar las disposiciones de los tratados. Uno de los objetivos primordiales de las Naciones Unidas era ayudar a los gobiernos a establecer las condiciones necesarias para cumplir los compromisos contraídos en los tratados[38].

267. En las revisiones propuestas del plan de mediano plazo para el período 2002-2005 se ponía de relieve la necesidad de incrementar sustancialmente los recursos para la secretaría de la CNUDMI. En relación con la CNUDMI y la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional (que hace las veces de secretaría de la CNUDMI), en el plan de mediano plazo se indicaba que, para que la Subdivisión pudiera llevar a cabo el programa de trabajo de la Comisión, era necesario cumplir lo solicitado por la Asamblea General y la Comisión y reforzar la secretaría de la Comisión para

---

[36] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 1* (A/55/1), párr. 273.

[37] Ibíd. párr. 278.

[38] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 1 y corrección* (A/56/1 y Corr.1), párrs. 219 y 220.

que pudiera hacer frente a la ampliación de su programa de trabajo. Dado que los costos del fortalecimiento de la secretaría de la CNUDMI debían mantenerse "dentro de los límites de los recursos disponibles en la Organización", era preciso que las Naciones Unidas en su conjunto reexaminaran sus prioridades y decidieran el volumen de recursos que debían asignar a las actividades de la Subdivisión. La Comisión tomó nota de la propuesta de revisar la estructura de la secretaría de la CNUDMI, que ascendería a la categoría de división dependiente de la Oficina de Asuntos Jurídicos. Las revisiones propuestas del plan de mediano plazo para el período 2002-2005 se habían transmitido al Comité del Programa y de la Coordinación, cuyas deliberaciones eran cruciales para la preparación del período de sesiones de la Quinta Comisión de la Asamblea General, que sería en última instancia la encargada de formular la decisión presupuestaria definitiva.

268. Se supuso que el fortalecimiento de la Secretaría de la CNUDMI era necesario por varias razones: la clara demanda de los Estados Miembros de la CNUDMI de preparar patrones jurídicos para una economía mundializada en esferas a las que hasta hace poco las Naciones Unidas no se habían dedicado; la necesidad cada vez mayor de coordinación entre un número creciente de organizaciones internacionales (intergubernamentales o no gubernamentales) que formulaban normas y patrones para el comercio internacional; y la mayor necesidad de asistencia técnica, en particular en los países en desarrollo, que exigía una particular atención por parte de la CNUDMI como organismo de formulación cuando los gobiernos nacionales examinaban la posibilidad de aplicar patrones internacionales en su legislación nacional.

269. La Comisión recibió con beneplácito la petición de la Asamblea General al Secretario General, en el párrafo 13 de la resolución 56/79, de fortalecer la secretaría de la Comisión en la medida en que lo permitieran los recursos disponibles en la Organización, para asegurar y mejorar la ejecución eficaz del programa de la Comisión (véase el párrafo 258 *supra*).

270. No obstante, aunque valorando los primeros pasos dados por la Asamblea, la Comisión observó con preocupación que, si no se reforzaba apreciablemente la secretaría de la Comisión, ésta tendría que reducir su programa de trabajo.

271. Tras un debate, la Comisión aprobó la siguiente recomendación:

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

Recordando su mandato conforme a la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, de fomentar la progresiva armonización y unificación del derecho del comercio internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, y en particular los de los países en desarrollo, en el amplio desarrollo del comercio internacional,

Convencida de que la fijación de patrones del derecho privado moderno en el comercio internacional de manera aceptable para los Estados con sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes contribuye apreciablemente al desarrollo de relaciones internacionales armónicas, al respeto por el imperio del derecho, a la paz y la estabilidad, y es indispensable para concebir una economía sostenible,

Convencida también de que la modernización de las normas del derecho privado aplicables al comercio internacional es esencial para respaldar el desarrollo económico e indispensable para concebir una economía sostenible,

Observando una clara demanda que emana de los Estados Miembros, en particular los países en desarrollo, de que la CNUDMI prepare patrones jurídicos para una economía mundializada en un número cada vez mayor de esferas y que, como consecuencia de esas demandas, el número de grandes proyectos en programas de la Comisión se ha duplicado con creces en el año 2001, en comparación con años anteriores,

Observando también la mayor necesidad de coordinación entre un número cada vez más grande de organizaciones internacionales (intergubernamentales o no gubernamentales) que formulan normas y patrones para el comercio internacional y la función concreta que ha de desempeñar la CNUDMI al respecto, conforme al mandato que le encomendó la Asamblea General

en su resolución 2205 (XXI) y la reiteró en resoluciones posteriores,

Observando además la mayor necesidad de asistencia técnica, en especial en los países en desarrollo, que exige particular atención por parte de la CNUDMI como el organismo formulante de ayudar a los Gobiernos nacionales cuando estudien la posibilidad de modernizar su legislación nacional sobre el comercio y sus normas prácticas mediante la aplicación de patrones internacionales,

En la creencia de que una de las condiciones necesarias para el favorable desarrollo y promulgación de patrones jurídicos elaborados por la CNUDMI es el alto nivel de calidad y profesionalismo constantemente mantenido por la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, en su calidad de secretaría sustantiva de la Comisión,

Preocupada por las demandas considerablemente mayores que pesan sobre los recursos de personal de la secretaría de la Comisión, como consecuencia del más amplio programa de trabajo, y por su incapacidad de seguir prestando servicios a los grupos de trabajo de la Comisión y de desempeñar otras tareas conexas, como la de prestar asistencia a los gobiernos a fin de que puedan emprender la labor necesaria para cumplir los compromisos contraídos en virtud de los tratados,

Consciente de que, si no se dan a la secretaría de la Comisión recursos suficientes para llevar a cabo las tareas que se le han encomendado, la Comisión tendrá que diferir o interrumpir sus trabajos sobre temas que figuran en su programa y reducir el número de sus grupos de trabajo,

Observando la recomendación contenida en el informe de la Oficina de los Servicios de Supervisión Interna sobre la evaluación a fondo de los asuntos jurídicos[1] de que la Oficina de Asuntos Jurídicos examinara los servicios de secretaría que requeriría la expansión de tres a seis grupos de trabajo de la CNUDMI y presentara a ésta, en su próxima reunión sobre las aportaciones prácticas de los nuevos métodos de trabajo, distintas opciones para garantizar que se dispusiera de los servicios de secretaría necesarios,

Observando asimismo las observaciones aportadas por la Oficina de Asuntos Jurídicos al comienzo del 35º período de sesiones de la Comisión acerca de la recomendación contenida en el informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna,

Convencida de que los métodos de trabajo actuales de la Convención han demostrado su eficiencia,

Pide al Secretario General que estudie medidas para fortalecer apreciablemente la secretaría de la CNUDMI dentro de los limites de los recursos disponibles en la Organización, si es posible, ya durante el bienio en curso y, en todo caso, durante el bienio 2004-2005.”

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

XVI. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

A. Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana

272. En nombre de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO), se dijo que, en vista de la importancia atribuida por la AALCO a la labor de la Comisión, la organización había adoptado la práctica de examinar en sus períodos anuales de sesiones el informe de la Comisión. La AALCO acogía con beneplácito la finalización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional. Se recordó a la Comisión el interés de la AALCO en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. A ese respecto, se hizo referencia al éxito de los centros regionales de arbitraje de Kuala Lumpur, El Cairo y Lagos (Nigeria). También se hizo referencia a otro centro regional de arbitraje que se inauguraría en Teherán en un futuro próximo. Además, se observó que la AALCO tenía un interés especial por la labor de la Comisión en materia de comercio electrónico. Por lo tanto, se expresó apoyo a las leyes modelo de la CNUDMI sobre comercio

electrónico y firmas electrónicas, así como a la labor en curso con miras a la elaboración de un texto internacional sobre contratación electrónica. La AALCO acogía también con beneplácito la labor de la Comisión en materia de régimen de la insolvencia, garantías reales, derecho del transporte y proyectos de infraestructura con financiación privada. Además, la AALCO instaba enérgicamente a la Comisión a que ampliara su composición para atender a los intereses de diversos países a la luz de la importancia que tenían en el comercio internacional. La AALCO expresó asimismo interés en un curso práctico sobre derecho mercantil internacional que se celebraría en cooperación con la secretaría de la Comisión con miras a difundir información sobre la labor de la Comisión en la región asiática. Se extendió una invitación a los miembros y observadores de la Comisión y a la secretaría de la CNUDMI para que asistieran al 41º período anual de sesiones de la AALCO, que se celebraría en Abuja del 15 al 20 de julio de 2002.

B. Instituto Internacional de Derecho para el Desarrollo

273. En nombre del Instituto Internacional de Derecho para el Desarrollo se dijo que el Instituto, que promovía el imperio de la ley y el buen gobierno, así como la utilización de recursos jurídicos en el proceso de desarrollo de los países en desarrollo y de los países con economía en transición, cumplía su mandato con actividades de capacitación, asistencia técnica, investigación y publicaciones. También se observó que el Instituto había contado con la colaboración de más de 12.000 profesionales del derecho de 163 países, había fomentado la fundación de asociaciones de alumnos del Instituto en 31 países y mantenía y apoyaba una red de organizaciones asociadas de otros países en que había desarrollado actividades. Esas organizaciones llevaban a cabo en sus respectivos países el mismo tipo de labor que el Instituto realizaba a nivel internacional.

274. Además, se observó que el Instituto Internacional de Derecho para el Desarrollo había tomado nota del documento A/CN.9/515, en que se describían las actividades de capacitación y asistencia técnica llevadas a cabo por la CNUDMI en cumplimiento de su mandato, y deseaba informar de que, al llevar a cabo sus actividades de capacitación y asistencia técnica, había comprobado que existía una fuerte demanda de capacitación y asistencia técnica en cuestiones de derecho mercantil internacional. También se observó que el Instituto había atendido esa demanda impartiendo capacitación en muchos de sus cursos regulares y especiales y había prestado asistencia técnica en varios países sobre cuestiones de derecho mercantil internacional. Se afirmó que en el marco de esa labor, el Instituto proporcionaba a menudo capacitación sobre los textos de la CNUDMI en la esfera pertinente.

275. El Instituto presentó las modalidades en que podía cooperar con la CNUDMI prestando capacitación y asistencia técnica en cuestiones de derecho mercantil internacional con especial referencia a los textos de la CNUDMI. Esas modalidades eran las siguientes:

a) Organización conjunta o a cargo del Instituto de programas de capacitación o conferencias;

b) Preparación de material de capacitación;

c) Selección de expertos del personal del Instituto o de su red de expertos en capacitación y asistencia técnica;

d) Formación de instructores;

e) Fomento de la capacidad de las asociaciones de alumnos del Instituto y de organizaciones asociadas para impartir capacitación y prestar asistencia técnica en ese ámbito;

f) Información, mediante las publicaciones del Instituto, sobre la labor de la CNUDMI.

276. Se dijo también que para obtener información sobre los programas y actividades actuales del Instituto, podía consultarse el sitio del Instituto en Internet (www.idli.org).

277. Además, se dijo que, en su reunión del 5 de noviembre de 2001, la Junta Directiva había instado a la secretaría del Instituto a buscar formas de cooperación con la CNUDMI y sugerido que se tratara de fomentar la participación de personal y de alumnos del Instituto en la labor de la CNUDMI, a fin de ayudar a la Comisión a tener acceso a profesionales del derecho altamente calificados de países en desarrollo miembros del Instituto. Con ese fin, el Instituto manifestó que esperaba poner en práctica las conclusiones de las conversaciones preliminares mantenidas con la CNUDMI, consistentes en lograr que los alumnos del Instituto estuvieran representados

en la labor de la Comisión en calidad de delegación organizada y seleccionada por el Instituto sobre la base de los criterios convenidos por el Instituto y la CNUDMI. También se señaló que para las formas de cooperación que requirieran más recursos financieros de los disponibles en los presupuestos ordinarios de ambas organizaciones, el Instituto invitaba a la secretaría de la CNUDMI a buscar la manera de movilizar recursos.

C. Global Center for Dispute Resolution Research

278. En nombre del *Global Center for Dispute Resolution Research*, organización no gubernamental internacional sin fines de lucro, se dijo que el Centro llevaba a cabo investigaciones basadas en los hechos sobre cuestiones relacionadas con la solución de controversias y estaría dispuesto a prestar asistencia a la Comisión en, por ejemplo, su labor de vigilancia de la aplicación legislativa de las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958.

XVII. OTROS ASUNTOS

A. Posible estudio del fraude comercial y financiero

279. Se observó que, si bien la labor de la Comisión se había concentrado eficientemente en textos legislativos y no legislativos a fin de armonizar y facilitar el comercio internacional, había otra dimensión importante del derecho y la práctica mercantiles que no había estado suficientemente contemplada por los órganos internacionales, a saber, las prácticas fraudulentas que afectaban a los instrumentos legítimos del comercio y las finanzas. Ese fraude, por lo general de carácter internacional, tenía un impacto económico negativo considerable en el comercio mundial y perjudicaba los mecanismos legítimos utilizados en él.

280. Se dijo que, si bien esas maniobras podían resultar evidentes cuando se examinaban retrospectivamente, atraían a miles de inversionistas experimentados de todo el mundo. Si bien no se habían realizado cálculos en cuanto a los montos de las pérdidas comunicadas a raíz de tales maniobras, en 2000 las estimaciones medias oficiosas de entidades dedicadas a luchar contra el fraude en materia de instrumentos financieros de alto rendimiento únicamente situaban las pérdidas anuales a nivel mundial en 15.000 millones de dólares de los EE.UU. Aun más desalentador era el aumento de esos fraudes no obstante los intentos de advertencias admonitorias y revelación. Se observó que la aparición de la Internet había ofrecido nuevas vías a los autores de esos delitos. La cifra arriba mencionada no proporcionaba sin embargo un detalle completo de las consecuencias de esas maniobras. Se informó a la Comisión de que entre esas consecuencias figuraban las siguientes:

a) Compromiso de los instrumentos comerciales legítimos, dado que esas maniobras determinaban que se abrigasen sospechas acerca de los instrumentos legítimos que utilizaban;

b) Uso indebido de organizaciones internacionales, dado que era común que se hiciera mal uso de los nombres o se utilizaran los nombres de organizaciones internacionales importantes en el marco de esas maniobras. A raíz de ello, organizaciones internacionales de la talla del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco de Pagos Internacionales y bancos de desarrollo regionales se habían visto asociadas con las maniobras así como los bancos centrales de los países más importantes. Esas organizaciones se veían obligadas a utilizar periódicamente sus recursos para refutar esas referencias y negar su papel y la existencia o legitimidad de tales maniobras; también sufrían con la pérdida de tiempo y energía las personas que pudieran resultar directa o indirectamente víctimas de maniobras fraudulentas;

c) Pérdida de confianza en los mecanismos de las transferencias monetarias internacionales, dado que una característica habitual de esas maniobras era la referencia al sistema de transferencias monetarias internacionales y la utilización de éste para la transferencia de fondos. Las maniobras incluían referencias falsas y engañosas a los sistemas y sus componentes y la utilización de los sistemas para canalizar fondos de las víctimas a los autores de manera tal que resultaran difíciles de rastrear. Además, los sistemas se utilizaban regularmente para disimular transferencias de fondos y canalizarlas a fin de evitar el escrutinio gubernamental;

d) Mayores costos para el comercio internacional, dado que la creciente utilización fraudulenta de documentación determinaba una degradación de los sistemas y canales comerciales

existentes. Muchas de esas maniobras implicaban bienes inexistentes, documentos falsificados tales como conocimientos de embarque o resguardos de depósito, ventas de artículos inexistentes, o ventas múltiples de los mismos bienes. También implicaba costos adicionales para el comercio el fraude en el que intervenían redes delictivas e intermediarios que actuaban de común acuerdo para defraudar a comerciantes y empresas legítimos.

281. Se observó que, si bien las consecuencias para el derecho penal no debían constituir el centro de la labor, un proyecto de la CNUDMI relativo al fraude comercial y financiero podría proporcionar elementos útiles para luchar contra la delincuencia organizada. Si bien el papel de la delincuencia organizada en maniobras de fraude financiero aún no era evidente, esas estratagemas ofrecían un terreno fértil para la formación de asociaciones de esa índole. Además, las maniobras ofrecían un medio para que los agentes ilegales obtuvieran fondos de una manera conveniente.

282. Se señaló que si bien las autoridades conocían desde hacía largo tiempo el carácter ilegítimo de esas maniobras, habían enfrentado numerosas y graves dificultades para combatirlas. Los problemas incluían las siguientes cuestiones:

a) El carácter internacional que se confería deliberadamente a la mayoría de las maniobras fraudulentas. A menudo resultaba difícil compaginar y comprender los correspondientes papeles y contribuciones de las diversas partes involucradas. Además, esas partes estaban situadas por lo general en Estados diferentes. Asimismo, todas solían proclamar su propia inocencia y señalaban la mala conducta de otras que inevitablemente no estaban sujetas a la misma jurisdicción, como causa de alguna pérdida. En el plano internacional, las dificultades y complejidades que se planteaban a nivel nacional para combatir esas maniobras se multiplicaban. A raíz de ello, eran pocos los fiscales civiles o penales que lograban reunir los recursos para perseguir a los autores o para recuperar los fondos;

b) La existencia de jurisdicciones nacionales múltiples. A diferencia de la delincuencia de carácter violento, estas maniobras fraudulentas no encajaban en ninguna categoría reglamentaria. Podían incluir elementos delictivos así como elementos civiles. Además, en cada uno de esos ámbitos, tenían por lo general dimensiones múltiples, incluidos el derecho que rige el transporte marítimo, el almacenamiento de mercaderías, diversos tipos de títulos representativos de transporte, garantías, reglamentación bancaria, reglamentación de seguros, protección del consumidor, reglamentos de fondos de pensiones, reglamentación relativa a los corredores de bolsa y reglamentación de abogados y contadores profesionales. A menudo esos límites jurisdiccionales no estaban bien definidos y se superponían, y de ello se derivaban confusiones y renuencia para utilizar recursos limitados para combatir esos delitos;

c) Las múltiples disciplinas abarcadas. La mayoría de las maniobras incluían hábilmente una serie de elementos esotéricos, de modo que pocos eran los profesionales que podían ocuparse de la totalidad de sus componentes. Como resultado de ello, la mayoría de los profesionales se mostraban renuentes a emitir opiniones con respecto a esas cuestiones porque iban más allá de sus conocimientos. Lamentablemente, los autores no sufrían de esas inhibiciones;

d) La existencia de fondos ocultos y dispersos. Además de las ubicaciones internacionales de los autores de esas maniobras, los fondos se enviaban por lo general a otros países y se dividían entre los diversos participantes a fin de confundir y aumentar las dificultades para llevar a juicio a los autores de esos delitos, presentar pruebas y facilitar la recuperación. La recuperación presentaba a menudo dificultades cuando los fondos se habían transferido a jurisdicciones que no apoyaban medidas para la reparación de las víctimas de fraude. Cuando intervenía el blanqueo de dinero, esas dificultades de revelación se agravaban.

283. Se expresó la opinión de que la Comisión combinaba una perspectiva gubernamental con una pericia internacionalmente reconocida en la esfera del comercio internacional y una larga tradición de cooperación con organizaciones internacionales del sector privado y colaboración con afamados expertos internacionales. Asimismo, la Comisión estaba bien situada para apreciar la labor de instituciones comerciales y financieras cuya cooperación era esencial para el éxito de las tareas y cuyas operaciones no debían perturbarse indebidamente.

284. Además de la competencia de la Comisión para emprender un esfuerzo de esa naturaleza, muchas maniobras de fraude financiero tenían que ver con cuestiones que se habían tratado específicamente en

textos elaborados por la Comisión, incluidas la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. El tema del fraude se había examinado durante las deliberaciones que habían dado origen a esos textos, todos los cuales contenían importantes principios y mecanismos para alentar la transparencia y reducir la posibilidad de que se produjeran el fraude, la corrupción y el comercio de iniciados.

285. Se sugirió que la Secretaría preparara un estudio en el que se describieran prácticas financieras y comerciales fraudulentas en diversas esferas del comercio y las finanzas, así como las formas en que el riesgo de tipos comunes de fraude afectaba al valor de los compromisos contractuales y financieros (tales como documentos comerciales, conocimientos de embarque y garantías). Además, en el estudio se podrían identificar las insuficiencias de las leyes comerciales, las normas comerciales y financieras que no revestían carácter legislativo y las prácticas comerciales y financieras que estuvieran siendo explotadas por los autores y otros delincuentes. El estudio podría describir asimismo, en la medida de lo posible, las medidas de derecho mercantil y civiles reglamentarias que algunos países hubieran adoptado para combatir esa delincuencia.

286. Se propuso que se estudiara el tema y que se pusiera a consideración de la Comisión en su 36º período de sesiones que se celebrará en 2003, a fin de permitirle adoptar las medidas que deseara tomar al respecto. Sobre la base de un estudio de esa índole, la Comisión podría examinar la necesidad de adoptar medidas, tales como recomendaciones legislativas y de otra índole, destinadas a prevenir más eficazmente esas acciones ilícitas, con hincapié en leyes, normas y prácticas comerciales. Incluso si en definitiva la Comisión determinaba que la preparación de esas recomendaciones no era viable, el estudio podría representar un producto útil que sensibilizara acerca de los problemas existentes y fomentara un cambio de actitud y de prácticas.

287. En respuesta a la propuesta, se expresaron opiniones que reconocían que el fraude financiero y comercial constituía un problema creciente y que los gobiernos tenían gran interés en adoptar medidas para contrarrestarlo. También se reconoció que ese fraude perjudicaba la confianza en los mecanismos del comercio, las finanzas y las inversiones y tenía un efecto desestabilizador en los mercados. Las entidades comerciales de los países en desarrollo, en la medida en que tenían una experiencia limitada de los instrumentos del comercio internacional, eran particularmente vulnerables y podrían aprovechar la información y el asesoramiento sobre cómo evitar la defraudación. La labor de la Comisión ayudaría también a los Estados y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a diseñar o a ajustar regímenes legislativos y no legislativos de derecho privado que fueran más adecuados para prevenir las maniobras fraudulentas.

288. También se expresaron graves reservas con respecto a la viabilidad del proyecto. Se subrayó que la labor, en caso de emprenderse, tal vez abordaría esferas que eran competencia de otras organizaciones cuya labor no se centraba en el derecho mercantil, o tendría repercusiones a ese respecto, y que era preciso hacer todo lo posible para que la Comisión no se viera obligada a examinar cuestiones que no estaban comprendidas en su esfera de trabajo establecida y en su especialización. También se consideró que, suponiendo que el proyecto tratara de los aspectos del fraude en la esfera del derecho privado, el alcance del proyecto era indefinido y debía examinarse con atención.

289. Una serie de delegaciones compartían la opinión de que el proyecto, no obstante su posible utilidad, no podría emprenderse dada la alarmante situación planteada con respecto a los recursos de personal de la secretaría de la CNUDMI (véase el párrafo 268 *supra*). Se formularon declaraciones afirmando que sería desacertado añadir nuevos proyectos en un momento en que la Comisión podía verse obligada a retardar o reducir su actual programa de trabajo por falta de recursos suficientes, y se dijo también que la realización del estudio propuesto dependería de que se pusieran a disposición de la secretaria de la Comisión recursos de personal adicionales. Además, se formularon declaraciones en el sentido de que no debería otorgarse una gran prioridad al proyecto propuesto y que en lugar de ello, la Comisión debía

hacer más hincapié en sus actividades de capacitación y asistencia técnica.

290. Tras celebrar deliberaciones, la Comisión convino en que sería útil preparar el estudio propuesto para presentarlo a la consideración de la Comisión, sin comprometer en esos momentos a la Comisión a que adoptase ninguna medida sobre la base del estudio. Al solicitar a la Secretaría la iniciación de la labor relativa al estudio, la Comisión no indicó ningún plazo al respecto. Se entendió que esa labor debía realizarse sólo en la medida en que no ocupara recursos necesarios para otros proyectos que figuraban en el programa de la Comisión.

B. Bibliografía

291. La Comisión tomó nota con agradecimiento de la bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la Comisión (A/CN.9/517). La Comisión hizo hincapié en la importancia de que la bibliografía fuese lo más completa posible y, por esa razón, solicitó a los gobiernos, las instituciones académicas, otras organizaciones pertinentes y también a los autores, que enviaran ejemplares de esas publicaciones recientes a la Secretaría.

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

292. Se tomó nota de que el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la *Pace University School of Law*, de Nueva York, había organizado el noveno concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis en Viena, del 22 al 28 de marzo de 2002. Además, se observó que las cuestiones jurídicas tratadas por los equipos de estudiantes que participaron en ese ejercicio de arbitraje simulado se habían basado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Asimismo, se observó que en el Concurso de 2002 participaron unos 108 equipos de facultades de derecho de unos 36 países, integrados por 650 estudiantes y alrededor de 275 árbitros. El mejor equipo en materia de alegatos orales fue el de la Universidad Nacional de Singapur. También se tomó nota de que el décimo Concurso se celebraría en Viena, del 11 al 17 de abril de 2003. Asimismo, se observó que la secretaría de la Comisión había ofrecido una serie de conferencias sobre textos preparados por la CNUDMI para unos 120 participantes en el Concurso.

293. La Comisión expresó su agradecimiento al Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la *Pace University School of Law* de Nueva York por la organización del Concurso, y a la Secretaría por patrocinarlo y ofrecer una serie de conferencias. La opinión generalizada fue que el Concurso, que contaba con una amplia participación internacional, era un método excelente para difundir información sobre los textos de legislación uniforme y para enseñar derecho mercantil internacional.

D. Sitio de la CNUDMI en Internet

294. La Comisión expresó su agradecimiento por el sitio de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org). Se observó que el sitio era un componente importante del programa general de actividades de información y capacitación y asistencia técnica de la Comisión, que atraía a unos 900 usuarios de aproximadamente 95 jurisdicciones. A este respecto, se dijo que el sitio proporcionaba a los delegados que asistían a las reuniones de los grupos de trabajo y de la Comisión rápido acceso a textos de trabajo en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, promoviendo de ese modo la transparencia y facilitando la labor de la Comisión. También se tomó nota de que el sitio de Internet proporcionaba libre acceso mundial a una amplia gama de usuarios interesados, incluidos parlamentarios, jueces, profesionales y académicos, y que la documentación que figuraba en el sitio incluía, entre otras cosas, textos aprobados, informes actualizados sobre la situación de las convenciones y los textos aprobados, decisiones judiciales y laudos arbitrales que interpretaban textos de la CNUDMI (CLOUT), y bibliografías de textos doctrinales relacionados con la labor de la Comisión. Asimismo, se observó que la Secretaría preveía finalizar la inclusión de todos los *Anuarios* y de los trabajos preparatorios de todos los textos aprobados en el sitio de Internet para el próximo período de sesiones de la Comisión. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la mayor disponibilidad de documentos en los seis idiomas

oficiales de las Naciones Unidas en el sitio e instó a la Secretaría a que prosiguiera sus esfuerzos por aumentar la serie de textos de archivo disponibles.

XVIII. LUGAR Y FECHA DE FUTURAS REUNIONES

A. 36º período de sesiones de la Comisión

295. La Comisión aprobó la celebración de su 36º período de sesiones en Viena, del 30 de junio al 18 de julio de 2003. Se observó que la duración del período de sesiones tal vez podría reducirse, si resultara aconsejable celebrar un período de sesiones más breve en vista de los proyectos presentados por los distintos grupos de trabajo.

B. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo hasta la celebración del 36º período de sesiones de la Comisión

296. La Comisión aprobó el siguiente calendario de reuniones para sus grupos de trabajo, a reserva de la posible cancelación de determinados períodos de sesiones decidida por los respectivos grupos de trabajo en situaciones en que, por carecer de los recursos necesarios, la Secretaría no pudiera prever la oportuna preparación de la documentación necesaria:

a) El Grupo de Trabajo I (Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada) celebraría su quinto período de sesiones en Viena del 9 al 13 de septiembre de 2002, inmediatamente antes del décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo III, y su sexto período de sesiones, si procede, en Nueva York del 24 al 28 de marzo de 2003, inmediatamente antes del 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo III;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje) celebraría su 37º período de sesiones en Viena del 7 al 11 de octubre de 2002, inmediatamente antes del 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo IV, y su 38º período de sesiones en Nueva York del 12 al 16 de mayo de 2003, inmediatamente después del 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo IV. (La Comisión había aprobado originalmente la celebración del 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo II del 28 de abril al 2 de mayo de 2003. Sin embargo, como no se consiguió sala para esas fechas, hubo que cambiarlas por las actuales);

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su décimo período de sesiones en Viena del 16 al 20 de septiembre de 2002, inmediatamente después del quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo I, y su 11º período de sesiones en Nueva York del 31 de marzo al 4 de abril de 2003, inmediatamente después del sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo I;

d) El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebraría su 40º período de sesiones en Viena del 14 al 18 de octubre de 2002, inmediatamente después del 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo II, y su 41º período de sesiones en Nueva York del 5 al 9 de mayo de 2003, inmediatamente antes del 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo II;

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebraría su 27º período de sesiones en Viena del 9 al 13 de diciembre de 2002, inmediatamente antes del segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo VI, y su 28º período de sesiones en Nueva York del 24 al 28 de febrero de 2003, inmediatamente antes del tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo VI;

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su segundo período de sesiones en Viena del 16 al 20 de diciembre de 2002, inmediatamente después del 27º período de sesiones del Grupo de Trabajo V, y su tercer período de sesiones en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003, inmediatamente después del 28º período de sesiones del Grupo de Trabajo V.

C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo después de la celebración del 36º período de sesiones de la Comisión en 2003

297. La Comisión tomó nota de que se habían realizado arreglos provisionales para las reuniones de los grupos de trabajo posteriores a la celebración de su 36º período de sesiones (esos arreglos están sujetos a la aprobación de la Comisión en su 36º período de sesiones):

a) El Grupo de Trabajo I (Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada) celebraría su séptimo período de sesiones, si procede, en Viena del 6 al 10 de octubre de 2003;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje) celebraría su 39º período de sesiones en Viena del 10 al 14 de noviembre de 2003;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 12º período de sesiones en Viena del 13 al 17 de octubre de 2003;

d) El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebraría su 42º período de sesiones en Viena del 17 al 21 de noviembre de 2003;

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebraría su 29º período de sesiones en Viena del 1º al 5 de septiembre de 2003;

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su cuarto período de sesiones en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003.

ANEXOS

Los anexos I y II del informe de la CNUDMI sobre su 35º período de sesiones se reproducen en la Tercera Parte del presente Anuario.

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 49º período de sesiones

(TD/B/49/15 (vol. I))

Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 35º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En su 935ª sesión plenaria, el 17 de octubre de 2002, la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre la labor de su 35º período de sesiones (A/57/17).

C. Asamblea General: informe de la Sexta Comisión relativo al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 35° período de sesiones (A/57/562 y Corr.1)

Relator: Sr. Karim Medrek (Marruecos)

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 19ª sesión plenaria, celebrada el 20 de septiembre de 2002, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir en el programa de su quincuagésimo séptimo 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 35° período de sesiones" y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones cuarta, quinta y 16ª a 19ª, celebradas los días 30 de septiembre y 17, 18, 22 y 24 de octubre de 2002. Las opiniones de los representantes que intervinieron durante el examen del tema se exponen en las actas resumidas correspondientes (A/C.6/57/SR.4, 5 y 16 a 19).

3. Para su examen del tema, la Comisión tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 35° período de sesiones[1];

b) Informe del Secretario General sobre el aumento del número de miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (A/56/315).

4. En la cuarta sesión, celebrada el 30 de septiembre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 35° período de sesiones presentó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones (véase A/C.6/57/SR.4).

II. EXAMEN DE PROPUESTAS

A. Proyecto de resolución A/C.6/57/L.12

5. En la 16ª sesión, celebrada el 17 de octubre, el representante de Austria, en nombre de Alemania, Argelia, la Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, Benin, el Brasil, Burkina Faso, el Canadá, Chile, China, Chipre, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, el Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Etiopía, la Federación de Rusia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Indonesia, Irlanda, Israel, Italia, el Japón, Jordania, Kenya, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malta, Marruecos, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Paraguay, el Perú, Polonia, Portugal, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República de Corea, la República Islámica del Irán, Rumania, el Senegal, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, el Sudán, Suecia, Suiza, Suriname, Tailandia, Trinidad y Tabago, Turquía, Uruguay y Venezuela, a los que posteriormente se sumaron Djibouti y la ex República Yugoslava de Macedonia, 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 35° período de sesiones" (A/C.6/57/L.12).

6. En su 17ª sesión, celebrada el 18 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/57/L.12 sin proceder a votación (véase el párrafo 15, proyecto de resolución I).

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/57/17).

B. Proyecto de resolución A/C.6/57/L.13

7. En la 16ª sesión, celebrada el 17 de octubre, el Presidente de la Comisión presentó un proyecto de resolución titulado "Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (A/C.6/57/L.13).

8. En su 17ª sesión, celebrada el 18 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/57/L.13 sin proceder a votación (véase el párrafo 15, proyecto de resolución II).

C. Proyecto de resolución A/C.6/57/L.14

9. En la 16ª sesión, celebrada el 17 de octubre, el Presidente de la Comisión presentó un proyecto de resolución titulado "Mejora de la coordinación en la esfera del derecho mercantil internacional y fortalecimiento de la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (A/C.6/57/L.14).

10. En su 17ª sesión, celebrada el 18 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/57/L.14 sin proceder a votación (véase el párrafo 15, proyecto de resolución III).

11. Antes de que se aprobara el proyecto de resolución, el representante de México intervino para explicar su posición (véase A/C.6/57/SR.17).

D. Proyecto de resolución A/C.6/57/L.15

12. En la 18ª sesión, celebrada el 22 de octubre, el Presidente de la Comisión presentó un proyecto de resolución titulado "Aumento del número de miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (A/C.6/57/L.15).

13. En su 19ª sesión, celebrada el 24 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/57/L.15 sin proceder a votación (véase el párrafo 15, proyecto de resolución IV).

14. Antes de que se aprobara el proyecto de resolución, el representante de Sierra Leona intervino para explicar su posición (véase A/C.6/57/SR.19).

III. RECOMENDACIONES DE LA SEXTA COMISIÓN

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

[El texto de los proyectos de resolución no se reproduce en esta sección. Los proyectos de resolución fueron aprobados, con cambios de edición, convirtiéndose en las resoluciones 57/17, 57/18, 57/19 y 57/20 (véase la sección D *infra*).]

D. Resoluciones 57/17, 57/18, 57/19 y 57/20 de la Asamblea General, de 19 de noviembre de 2002

Resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr.1)

57/17. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 35° período de sesiones

La Asamblea General,

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

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

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 35° período de sesiones[1],

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 suficiente 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,

Reafirmando 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,

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 35° período de sesiones[1];

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/57/17).

2. *Toma nota con satisfacción* de la conclusión y aprobación por la Comisión de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional[2];

3. *Encomia* a la Comisión por los progresos realizados en su labor sobre el arbitraje, el derecho de insolvencia, el comercio electrónico, los proyectos de infraestructura con financiación privada, las garantías reales y el derecho del transporte;

4. *Reafirma* 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 y, a ese respecto:

a) Expresa su reconocimiento a la Comisión por la organización de seminarios y misiones de información en el Brasil, Camboya, el Ecuador, Indonesia y Viet Nam;

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 del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para Simposios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y, cuando corresponda, para 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;

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

5. *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 de adherirse a ellas;

6. *Insta* a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al fondo fiduciario establecido 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;

7. *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, seguir examinando, en la Comisión Principal competente durante el quincuagésimo

[2] Ibíd., anexo I.

séptimo 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;

8. *Reitera*, en vista del incremento del programa de trabajo de la Comisión, su petición al Secretario General de que, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles en la Organización, fortalezca la secretaría de la Comisión para asegurar y mejorar la ejecución eficaz del programa de la Comisión, de ser posible en el bienio en curso y, en cualquier caso, en el bienio 2004-2005.

52ª sesión plenaria
19 de noviembre de 2002

57/18. Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Asamblea General,

Reconociendo el valor para el comercio internacional de los métodos de solución de las controversias comerciales en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa,

Observando que esos métodos de solución de controversias, a los que se alude con expresiones tales como conciliación y mediación y términos similares, se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales,

Considerando que el uso de esos métodos de solución de controversias produce beneficios importantes, pues reduce los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilita la administración de las transacciones internacionales por las partes comerciales y da lugar a economías en la administración de justicia por los Estados,

Convencida de que el establecimiento de una ley modelo sobre estos métodos que sea aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría al desarrollo de unas relaciones económicas internacionales armónicas,

Observando con satisfacción que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha concluido y aprobado la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional[1],

Estimando que la Ley Modelo ayudará en medida significativa a los Estados a mejorar su legislación relativa al uso de técnicas modernas de conciliación o mediación y a formular tal legislación cuando no exista,

Observando que la preparación de la Ley Modelo fue objeto de la debida deliberación y de extensas consultas con los gobiernos y los sectores interesados,

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* y corrección (A/57/17 y Corr.1), anexo I.

Convencida de que la Ley Modelo, conjuntamente con el Reglamento de Conciliación, recomendado por la Asamblea General en su resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980, contribuye en medida significativa al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficiente de controversias surgidas en las relaciones comerciales internacionales,

1. *Expresa su gratitud* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber concluido y aprobado la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, cuyo texto figura en el anexo a la presente resolución, y por haber preparado la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo;

2. *Pide* al Secretario General que haga todo lo posible por promover el conocimiento y la disponibilidad generales de la Ley Modelo y su Guía para la incorporación al derecho interno;

3. *Recomienda* que todos los Estados consideren debidamente la posibilidad de incorporar a su derecho interno la Ley Modelo, en atención a la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las necesidades concretas de la práctica comercial internacional en materia de conciliación.

52ª sesión plenaria
19 de noviembre de 2002

ANEXO

LEY MODELO SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

1. La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial[2] internacional[3].

2. A los efectos de la presente Ley, el término "conciliador" podrá hacer referencia a un único conciliador o, en su caso, a dos o más conciliadores.

3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el conciliador"), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

4. Una conciliación será internacional cuando:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:

i) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni

ii) El Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.

5. A los efectos del presente artículo:

a) Cuando alguna de las partes tenga más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Cuando alguna de las partes no tenga ningún establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

---

[2] Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, ya sean contractuales o no contractuales. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdo de distribución, representación o mandato comercial; transferencia de créditos para su cobro (*factoring*); arrendamiento de bienes o de equipo con opción de compra (*leasing*); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversión; financiación; operaciones bancarias; seguros; acuerdo de explotación o concesión; empresas mixtas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

[3] Los Estados que deseen incorporar la presente Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales tal vez deseen enmendar el texto del modo siguiente:

- Suprímase la palabra "internacional" en el párrafo 1 del artículo 1; y
- Suprímanse los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 1.

6. La presente Ley también será aplicable a las conciliaciones comerciales cuando las partes convengan en que la conciliación es internacional o en que la presente Ley sea aplicable.

7. Las partes podrán convenir en que la presente Ley no sea aplicable.

8. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9 del presente artículo, la presente Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las partes antes o después de que surja la controversia, de una obligación establecida por ley o de instrucciones o indicaciones de un tribunal de justicia, tribunal arbitral o una entidad pública competente.

9. La presente Ley no será aplicable:

a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes; y

b) [...].

Artículo 2. Interpretación

1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 y en el párrafo 3 del artículo 6, las partes podrán convenir en excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación[4]

1. El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo.

2. La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de conciliación.

---

[4] Los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción podrían incorporar en su respectiva ley el siguiente texto:

Artículo […] Suspensión del plazo de prescripción

1. Cuando se inicie el procedimiento de conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.

2. Cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.

Artículo 5. Número y designación de conciliadores

1. El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber dos o más.

2. Las partes tratarán de ponerse de acuerdo para designar al conciliador o los conciliadores, a menos que se haya convenido en un procedimiento diferente para su designación.

3. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona para la designación de los conciliadores. En particular:

a) Las partes podrán solicitar a tal institución o persona que les recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliador; o

b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.

4. Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de conciliador, la institución o persona tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, en su caso, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes.

5. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento de conciliación, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Artículo 6. Substanciación de la conciliación

1. Las partes podrán determinar, por remisión a algún reglamento o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.

2. De no haber acuerdo al respecto, el conciliador podrá sustanciar el procedimiento de conciliación del modo que estime adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

3. En cualquier caso, durante el procedimiento el conciliador procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento de conciliación, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia.

Artículo 7. Comunicación entre el conciliador y las partes

El conciliador podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

Artículo 8. Revelación de información

Si el conciliador recibe de una de las partes información relativa a la controversia, podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. No obstante, el conciliador no podrá revelar a ninguna de las otras partes la información

que reciba de esa parte si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

Artículo 9. Confidencialidad

A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento de conciliación deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o sea necesaria a efectos del cumplimiento o la ejecución de un acuerdo de transacción.

Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. Las partes en el procedimiento de conciliación, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con:

a) La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento de conciliación;

b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;

c) Las declaraciones formuladas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento de conciliación;

d) Las propuestas presentadas por el conciliador;

e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;

f) Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento de conciliación.

2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable cualquiera que sea la forma que revistan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.

3. Ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo y, si esa información se presentase como prueba en contravención del párrafo 1 del presente artículo, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la Ley o en que sea necesario a efectos del cumplimiento o la ejecución de un acuerdo de transacción.

4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo serán aplicables independientemente de que el procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiera o no a la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento de conciliación.

5. Sin perjuicio de las limitaciones enunciadas en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

Artículo 11. Terminación del procedimiento de conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por terminado:

a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;

b) Al hacer el conciliador, previa consulta con las partes, una declaración en la que haga constar que ya no se justifica seguir intentando llegar a la conciliación, en la fecha de tal declaración;

c) Al hacer las partes al conciliador una declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o

d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración.

Artículo 12. El conciliador actuando como árbitro

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento de conciliación ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos.

Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.

Artículo 14. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción[5]

Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución ... [*los Estados promulgantes podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad*].

[5] Al aplicar el procedimiento de ejecución de los acuerdos de transacción, el Estado promulgante podrá considerar la posibilidad de que dicho procedimiento sea imperativo.

57/19. Mejoramiento de la coordinación en la esfera del derecho mercantil internacional y fortalecimiento de la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Asamblea General,

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

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones[1],

Observando que los Estados Miembros, en particular los países en desarrollo, piden a la Comisión que preste asistencia técnica y prepare normas jurídicas en un número cada vez mayor de esferas y que, como consecuencia de ello, el número de proyectos de la Comisión se ha duplicado con creces en comparación con años anteriores,

Observando también la mayor necesidad de coordinación entre un número creciente de organizaciones internacionales que formulan normas y reglamentaciones relativas al comercio internacional y la función concreta que ha de desempeñar la Comisión al respecto, conforme al mandato que le confirió la Asamblea General en su resolución 2205 (XXI) y reiteró en resoluciones posteriores,

Persuadida de que los actuales métodos de trabajo de la Comisión han demostrado ser eficientes,

Preocupada, sin embargo, por la carga cada vez mayor que recae sobre los recursos de personal de la secretaría de la Comisión como consecuencia de un programa de trabajo más amplio y por su inminente incapacidad de seguir prestando servicios a los grupos de trabajo de la Comisión y de desempeñar otras tareas conexas, como la de prestar asistencia a los gobiernos, lo que podría conducir a que la Comisión tuviese que diferir o interrumpir sus trabajos sobre temas que figuran en su programa y reducir el número de sus grupos de trabajo,

1. *Hace hincapié* en la necesidad de que se asigne mayor prioridad a la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, habida cuenta de que cada vez es más importante modernizar el derecho mercantil internacional para el desarrollo económico mundial y, por lo tanto, para el mantenimiento de relaciones amistosas entre los Estados;

2. *Toma nota* de la recomendación contenida en el informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna de la Secretaría sobre la evaluación a fondo de los asuntos jurídicos[2] de que la Oficina de Asuntos Jurídicos examinase los servicios de secretaría de la Comisión que requeriría la expansión de tres a seis grupos de trabajo

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/57/17).

[2] E/AC.51/2002/5, recomendación 15.

y presentase a ésta, en su próximo examen de las aportaciones prácticas de los nuevos métodos de trabajo, distintas opciones para garantizar que se dispusiese de los servicios de secretaría necesarios;

3. *Pide* al Secretario General que estudie medidas para fortalecer la secretaría de la Comisión dentro de los límites de los recursos disponibles en la Organización, si es posible durante el bienio en curso y, en todo caso, durante el bienio 2004-2005.

52ª sesión plenaria
19 de noviembre de 2002

57/20. Aumento del número de miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

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 la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Recordando también su resolución 3108 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, por la cual aumentó el número de miembros de la Comisión de veintinueve a treinta y seis Estados,

Satisfecha con la práctica de la Comisión de invitar a los Estados que no son miembros de la Comisión y a las organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales internacionales pertinentes a participar en calidad de observadores en los períodos de sesiones de la Comisión y de sus grupos de trabajo y a contribuir a la formulación de textos por la Comisión, así como con la práctica de adoptar decisiones por consenso sin votación formal,

Observando que el número considerable de Estados que han participado en calidad de observadores y hecho contribuciones valiosas a la labor de la Comisión indica que existe interés, no sólo entre los actuales treinta y seis Estados, sino también entre otros Estados que no son miembros de la Comisión, por participar activamente en la Comisión,

Convencida de que una mayor participación de los Estados en la labor de la Comisión facilitaría la marcha de su labor y de que el aumento del número de miembros de la Comisión estimularía el interés por la labor de la Comisión,

Habiendo considerado las observaciones de los Estados, así como el informe del Secretario General sobre las consecuencias de aumentar el número de miembros de la Comisión[1], presentado en cumplimiento del párrafo 13 de la resolución 55/151 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000,

1. *Toma nota* de que el efecto de un aumento del número de miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en los servicios de secretaría necesarios para atender adecuadamente los trabajos de la Comisión no sería de magnitud suficiente para permitir su cuantificación, y que, por tanto, el aumento no tendría consecuencias financieras;

2. *Decide* aumentar el número de miembros de la Comisión de treinta y seis a sesenta Estados, teniendo presente que la Comisión es un órgano técnico cuya composición refleja, entre otras cosas, las necesidades concretas de los temas tratados; la representación regional resultante de este aumento del número de miembros, que tiene en cuenta esas necesidades, no constituirá un precedente para el aumento del número de miembros de otros órganos del sistema de las Naciones Unidas;

[1] A/56/315.

3. *Decide también* que los veinticuatro miembros adicionales de la Comisión sean elegidos por la Asamblea General por un período de seis años, salvo lo dispuesto en el apartado *b*) *infra*, de conformidad con las siguientes normas:

a) Al elegir los miembros adicionales, la Asamblea General se ajustará a la siguiente distribución de puestos:

i) Cinco de los Estados de África;

ii) Siete de los Estados de Asia;

iii) Tres de los Estados de Europa oriental;

iv) Cuatro de los Estados de América Latina y el Caribe;

v) Cinco de los Estados de Europa occidental y otros Estados;

b) De los veinticuatro miembros adicionales elegidos en la primera elección, que se celebrará durante el quincuagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, el mandato de trece miembros expirará el último día antes de la apertura del 40° período de sesiones de la Comisión, en 2007; el Presidente de la Asamblea General elegirá estos miembros por sorteo de la manera siguiente:

i) Dos de entre los elegidos de los Estados de África, dos de entre los elegidos de los Estados de Europa oriental y dos de entre los elegidos de los Estados de Europa occidental y otros Estados;

ii) Cuatro de entre los elegidos de los Estados de Asia;

iii) Tres de entre los elegidos de los Estados de América Latina y el Caribe;

c) Los veinticuatro miembros adicionales elegidos en la primera elección ocuparán su cargo a partir del primer día del 37° período de sesiones de la Comisión, en 2004;

d) Las disposiciones de los párrafos 4 y 5 de la sección II de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General se aplicarán también a los miembros adicionales;

4. *Hace un llamamiento* a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares para que, a fin de lograr la plena participación de los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, hagan contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario establecido para prestar 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.

52ª sesión plenaria
19 de noviembre de 2002

CNUDMI
COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI Anuario

Volumen XXXIII: 2002

Segunda parte

NACIONES UNIDAS

Segunda parte

ESTUDIOS E INFORMES SOBRE TEMAS CONCRETOS

I. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 35º período de sesiones (Viena, 19 a 30 de noviembre de 2001) (A/CN.9/506) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-12	82
II.	Deliberaciones y decisiones	13-144	84
	Artículo 1. Ámbito de aplicación	14-27	84
	Artículo 2. Conciliación	28-31	87
	Artículo 3. Conciliación internacional	32-37	88
	Artículo 17. Ejecutoriedad del arreglo conciliatorio	38-49	90
	Artículo 4. Modificación mediante acuerdo	50-51	93
	Artículo 5. Inicio del procedimiento de conciliación	52-56	93
	Artículo 6. Número de conciliadores	57-58	94
	Artículo 7. Designación de los conciliadores	59-66	94
	Artículo 8. Sustanciación de la conciliación	67-74	95
	Artículo 9. Comunicaciones entre el conciliador y las partes	75-76	97
	Artículo 10. Revelación de la información recibida	77-86	97
	Artículo 11. Conclusión de la conciliación	87-91	99
	Artículo 12. Plazo de prescripción	92-100	101
	Artículo 13. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos	101-115	103
	Artículo 14. Función del conciliador en otros procedimientos	116-123	105
	Artículo 15. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales	124-129	107
	Artículo 16. Actuación del árbitro como conciliador	130-132	109
	Proyecto de artículo 17	133-139	109
	Proyecto de artículo 4	140-144	111
III.	Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional	145-161	111
Anexo	Proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre la conciliación comercial internacional		114
	Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones		114
	Artículo 2. Interpretación		115
	Artículo 3. Modificación mediante acuerdo		115
	Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación		115
	Artículo 5. Número de conciliadores		116
	Artículo 6. Designación de los conciliadores		116
	Artículo 7. Sustanciación de la conciliación		116
	Artículo 8. Comunicaciones entre el conciliador y las partes		117

Artículo 9. Revelación de la información entre las partes. 117
Artículo 10. Deber de confidencialidad 117
Artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos 117
Artículo 12. Conclusión de la conciliación 118
Artículo 13. El conciliador como árbitro 118
Artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales 119
Artículo 15. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción 119

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar la conveniencia y la viabilidad de impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en su conjunto que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y favorable experiencia adquirida en la incorporación al derecho interno mediante promulgación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (1985), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a evaluar, en el foro universal constituido por la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas aplicables en materia de arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación[2], el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje[3], la ejecutoriedad de las medidas cautelares[4] y la ejecutoriedad eventual de un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reiteró su mandato al Grupo de Trabajo para que fijara el calendario y el procedimiento a seguir en el examen de los temas indicados para su labor futura. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, al fijar las prioridades para los futuros temas de su programa, el Grupo de Trabajo prestara especial atención a lo que fuera viable y práctico, así como a cuestiones que hubieran dado lugar en la jurisprudencia a decisiones inciertas o poco satisfactorias. Como temas eventualmente merecedores de ser examinados por la Comisión se mencionaron, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera señalar como tales, la determinación del significado y efectos de la disposición relativa al derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, apartado k) del párr. 109); la presentación de créditos en un procedimiento arbitral para salvaguardar algún derecho compensatorio y la competencia de un tribunal arbitral al respecto (apartado g) del párr. 107); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado c) del párr. 108); la facultad discrecional residual para otorgar el exequátur a un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para su denegación (apartado i) del párr. 109);

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párrs. 340 a 343.
[3] Ibíd., párrs. 344 a 350.
[4] Ibíd., párrs. 371 a 373.
[5] Ibíd., párrs. 374 a 375.

y los poderes del tribunal arbitral para otorgar indemnización en forma de intereses (apartado j) del párr. 107). Se tomó nota con aprobación de que, en lo referente a los arbitrajes tramitados "en línea" (es decir, tramitados en parte o incluso en su totalidad por medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Respecto de la eventual ejecutoriedad de laudos anulados en el Estado de origen (apartado m) del párr. 107), se expresó la opinión de que no era previsible que esta cuestión suscitara muchos problemas y que la jurisprudencia que la había suscitado no debía considerarse reflejo de una tendencia ya establecida[6].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió los progresos realizados hasta la fecha por el Grupo de Trabajo respecto de la tres principales cuestiones objeto de examen, a saber, el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, la cuestión de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo de la conciliación.

5. Respecto de la conciliación, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje había examinado los artículos 1 a 16 del proyecto de disposiciones legales modelo (véase A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1). Se impuso la opinión de que cabría esperar que el Grupo de Trabajo concluyera, en su siguiente período de sesiones, la labor sobre dichas disposiciones legales modelo. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que siguiera examinando esas disposiciones con carácter prioritario, con miras a que el instrumento así preparado se presentara en forma de proyecto de ley modelo a la Comisión para su examen y aprobación en su 35º período de sesiones, en 2002[7].

6. Al clausurarse su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara proyectos revisados de esos artículos, basados en las deliberaciones del Grupo de Trabajo, para su examen en su siguiente período de sesiones (A/CN.9/487, párr. 20).

7. Asistieron al 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 19 a 30 de noviembre de 2001) los siguientes 25 Estados Miembros: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, Marruecos, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Sudán, Suecia, Tailandia y Uruguay.

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Argentina, Australia, Chile, Croacia, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Guatemala, Indonesia, Iraq, Israel, Líbano, Nigeria, Perú, República Checa, República de Corea, Suiza, Turquía y Yemen.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes dependencias de las Naciones Unidas y organizaciones internacionales: Comisión Económica para Europa, Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Corte Permanente de Arbitraje, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, *Chartered Institute of Arbitrators*, Cámara de Comercio Internacional y Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres.

10. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relator: V. G. HEGDE (India).

11. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguiente documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.114);

b) Nota de la Secretaría: disposiciones legales modelo sobre la conciliación comercial internacional (A/CN.9/WG.II/WP.115);

c) Nota de la Secretaría: proyecto de guía para la promulgación de la [Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional] de la CNUDMI (A/CN.9/WG.II/WP.116).

---

[6] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.

[7] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 315.

12. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de autoridades.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de disposiciones legales modelo sobre conciliación comercial internacional.
4. Aprobación del informe.

II. DELIBERACIONES Y DECISIONES

13. El Grupo de Trabajo examinó el tema 3 del programa a tenor de los documentos preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.115 y A/CN.9/WG.II/WP.116). Sus deliberaciones y conclusiones al respecto quedan recogidas más abajo. Habiendo puesto fin al examen del fondo del proyecto de disposiciones legales modelo sobre la conciliación comercial internacional, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que formara un grupo de redacción para que se encargara de estudiar el texto en su totalidad con miras a garantizar que los diversos proyectos de artículo fuesen compatibles en los diversos idiomas. La versión definitiva del proyecto de disposiciones aprobada por el Grupo de Trabajo figura en el anexo del presente informe en forma de proyecto de ley modelo sobre la conciliación comercial internacional. Se pidió a la Secretaría que revisara el texto del proyecto de guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno y su utilización sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Se indicó que el proyecto de ley modelo, conjuntamente con el proyecto de guía para su incorporación al derecho interno y utilización, se distribuiría a los Estados Miembros y observadores para que formularan observaciones y se sometería al examen y aprobación de la Comisión en su 35º período de sesiones, que se celebraría en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002.

Artículo 1. Ámbito de aplicación

14. El texto de proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1. Las presentes disposiciones legales modelo se aplicarán a la conciliación comercial internacional*, definida en los artículos 2 y 3,

a) Cuando las partes hayan acordado o, a falta de tal acuerdo, hayan determinado con la asistencia del conciliador o de un grupo de conciliadores, un lugar de conciliación que se encuentre en territorio del Estado; o

b) Cuando el lugar de conciliación no haya sido acordado ni determinado con arreglo a lo dispuesto en el apartado a), se considerará que ese lugar se encuentra en territorio del Estado si alguno de los lugares siguientes se halla en él: la sede de la institución que administre el procedimiento de conciliación; el lugar de residencia del conciliador o los establecimientos de las partes, si ambas partes tienen su establecimiento en un mismo país.

2. Las presentes disposiciones legales modelo serán también aplicables a toda conciliación comercial que no sea internacional conforme a la definición del artículo 3, cuando las partes hayan acordado [expresamente] que las disposiciones legales modelo sean aplicables a dicha conciliación.

3. Los artículos … serán también aplicables cuando el lugar de la conciliación no se encuentre en el territorio de este Estado.

4. Las presentes disposiciones legales modelo serán aplicables independientemente de si la conciliación se entabla a instancia de una de las partes después de surgir la controversia, conforme a un acuerdo concertado anteriormente por las partes, o a raíz de las instrucciones o [del requerimiento] [de la invitación] de un tribunal o de una entidad pública competente.

5. Las presentes disposiciones legales modelo no serán aplicables a los casos en que:

a) un juez o un árbitro ponga en marcha, en el curso del procedimiento del que entienda, un proceso de conciliación; y

b) [...].

---

* Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios,

acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera."

Párrafo 1

Carácter internacional

15. Se expresaron diversas opiniones sobre la cuestión de si el ámbito de aplicación del proyecto de ley modelo debía limitarse a la conciliación internacional. Según un delegado, la Ley Modelo debería ser aplicable a la conciliación comercial tanto nacional como internacional. En apoyo de la supresión de la distinción entre casos nacionales e internacionales se señaló que en las prácticas comerciales modernas resultaba cada vez más difícil establecer un criterio claro para determinar el carácter internacional de una conciliación. A fin de evitar esa distinción artificial que restringía el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, se sugirió que en el proyecto de artículo 1 se estableciera, como principio, que la Ley Modelo regiría la conciliación comercial en general. Además de esa disposición, podría aclararse en una nota de pie de página o en una explicación en la Guía para la incorporación al derecho interno que los Estados podían declarar la Ley Modelo aplicable únicamente a la conciliación internacional.

16. En consonancia con el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno, predominó la opinión de que el régimen del proyecto de ley modelo resultaría más aceptable para los países si no englobara el régimen de la conciliación interna. Ahora bien, el proyecto de ley modelo no enunciaba ninguna disposición que fuera, en principio, inadecuada para la solución de una controversia interna. De acuerdo con este parecer, las partes están facultadas para someter sus controversias al régimen del proyecto de ley modelo conforme se indica en el párrafo 2) del artículo 1. Se señaló que en algunos ordenamientos, particularmente tratándose de Estados federales, pueden presentarse notables dificultades a la hora de distinguir entre el comercio internacional y el comercio interno. Nada de lo dispuesto en el proyecto de ley modelo debe ser interpretado como una invitación a los Estados para limitar su aplicabilidad a las controversias de carácter internacional" (véase A/CN.9/WG.II/WP.116, párr. 36).

17. Conforme a esta idea, el Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de ley modelo siguiera rigiendo la conciliación "internacional" a fin de evitar interferencias innecesarias en el derecho interno. También se convino en la necesidad de que en una nota de pie de página correspondiente al proyecto de artículo 1 se puntualizara que los Estados promulgantes podían declarar la Ley Modelo aplicable a los procedimientos conciliatorios internos. Se remitió la cuestión al grupo de redacción. Se decidió que se reanudara el debate sobre esta cuestión una vez concluido el examen de los artículos de fondo del proyecto de ley modelo, a fin de comprobar si en la nota de pie de página habría que sugerir cambios aplicables a los Estados que desearan promulgar la presente Ley Modelo declarándola aplicable a la conciliación tanto nacional como internacional.

Lugar de la conciliación

18. El debate se centró inicialmente en los diversos elementos enumerados en los apartados a) y b) para determinar el lugar de conciliación como criterio para la aplicación del proyecto de ley modelo. Se expresaron diversas opiniones sobre estos apartados. Según una de ellas, no procedía que el lugar de conciliación fuera "determinado con la asistencia del conciliador o de un grupo de conciliadores", pues ello iba en contra del carácter contractual de la conciliación, por lo que debería suprimirse esa idea en los apartados a) y b), a fin de no dar a entender que el conciliador o el grupo de conciliadores estaba facultado para imponer una decisión a las partes. En contra de esta opinión se sostuvo que, en la práctica, se facilitaría enormemente la aplicación del proyecto de ley modelo si se dispusiera expresamente que el conciliador determinaría el lugar de la conciliación. Se sugirió sustituir las palabras "hayan determinado con la asistencia del conciliador o de un grupo de conciliadores" por las palabras " fuera determinado por el conciliador o por el grupo de conciliadores, previa consulta con las partes". En otra intervención se propuso refundir los dos apartados a) y b) y que se insertara la palabra "porque" antes del texto actual del apartado b).

19. Según otra opinión, en el apartado b) habría que suprimir la referencia al lugar de residencia del conciliador, ya que estas palabras podían resultar inapropiadas cuando la conciliación fuera sustanciada por un grupo de conciliadores. Además, se observó que el lugar de residencia de los conciliadores no debería ser el elemento clave para determinar la aplicación del proyecto de ley modelo. Se sugirió que en la versión inglesa se sustituyeran las palabras "the institution that administered" por las palabras "the institution administering", para no dar a entender que el lugar de conciliación sólo podía determinarse una vez concluido el procedimiento conciliatorio. Además, según otra opinión los apartados a) y b) en su forma actual, no regulaban suficientemente las necesidades de conciliación entre múltiples partes. Como posible variante de la disposición actual se formuló la siguiente propuesta de párrafo 1:

> "1. Las presentes disposiciones legales modelo se aplicarán a la conciliación comercial internacional, definida en los artículos 2 y 3,
>
> *a)* Cuando el lugar de conciliación concertado por las partes se encuentre en territorio del Estado; o
>
> *b)* Si el lugar de conciliación no ha sido concertado por las partes, cuando se considere que el lugar de conciliación se encuentra en territorio del Estado.
>
> 1A. Cuando el lugar de conciliación no haya sido concertado por las partes se considerará que ese lugar se encuentra en territorio del Estado:
>
> *a)* Cuando todo el procedimiento conciliatorio tenga lugar en ese Estado;
>
> *b)* Si la conciliación tiene lugar en más de un Estado, cuando el principal establecimiento de la institución que administre el procedimiento de conciliación se encuentre en ese Estado;
>
> *c)* Si la conciliación tiene lugar en más de un Estado y si el procedimiento conciliatorio no está administrado por ninguna institución, cuando el principal establecimiento de todas las partes en la conciliación se encuentre en territorio del Estado; o
>
> *d)* Si la conciliación tiene lugar en más de un Estado, si el procedimiento conciliatorio no es administrado por ninguna institución y si los principales establecimientos de las partes se encuentran en territorios de diferentes Estados, cuando el lugar de residencia del conciliador o del grupo de conciliadores se encuentre en territorio del Estado."

20. En el contexto de este debate señalado, se propuso suprimir directamente el párrafo 1. Se observó que hasta ahora se había seguido el criterio de que el lugar de conciliación era uno de los principales elementos que determinaban la aplicación del proyecto de ley modelo por analogía con lo dispuesto sobre el lugar de arbitraje en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Se señaló que tal vez no era preciso que el lugar de conciliación cumpliera la misma función determinante que había tenido el lugar de arbitraje en textos anteriores de derecho uniforme. Además, se indicó que dar importancia excesiva al lugar de conciliación para determinar el ámbito de aplicación del proyecto de ley modelo podía resultar incompatible con la práctica actual. Habida cuenta de que las partes con frecuencia no designaban formalmente un lugar de conciliación y de que en la práctica el proceso de conciliación se podía llevar a cabo en varios lugares, se consideró problemático utilizar la idea algo artificial de que el lugar de conciliación fuera la base primaria para determinar la aplicación del proyecto de ley modelo. Se señalaron ejemplos de situaciones en que una conciliación puramente nacional podía tener lugar fuera del país extranjero sin que el factor geográfico produjera consecuencia alguna en cuanto al régimen jurídico aplicable a la conciliación. Otro ejemplo era el de la conciliación entablada en el marco de un mecanismo de resolución de controversias por vía informática en la que podía resultar sumamente difícil determinar de forma no arbitraria ni artificial una ubicación geográfica como "lugar de conciliación", forma arbitraria y artificial.

21. Se consideró en general que no existía razón imperiosa para que el proyecto de ley modelo contuviera una norma objetiva con la que determinar el lugar de conciliación. Se expresó resuelto apoyo a la supresión del apartado b). En cuanto a la determinación subjetiva del lugar de conciliación por las partes, se consideró que el texto podía resultar más fácil de aplicar si no se basaba en una determinación del lugar de conciliación, pero reconocía expresamente la posibilidad de que las partes pudieran acogerse a la legislación por la que se promulgaba el proyecto de ley

modelo (que podía ser diferente de la que regulara la conciliación nacional en los Estados que optaran por mantener la distinción entre conciliación nacional e internacional). En cuanto al criterio principal que se debía seguir para determinar el ámbito de aplicación del proyecto de ley modelo cuando no lo establecieran las partes, se convino en general en que se debía aplicar el criterio de "internacionalidad", en consonancia con los apartados 1) y 3) del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Tras un debate, se acordó formular el párrafo 1 del siguiente modo: "La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial internacional."

Párrafo 2

22. En consonancia con la aprobación señalada de un mecanismo que permita optar por la aplicación del proyecto de ley modelo, el Grupo de Trabajo se declaró de acuerdo en general con los objetivos del párrafo 2. Como cuestión de redacción, hubo consenso en que la disposición de adhesión debía regular tanto la situación en que las partes acordaran que la conciliación era internacional como el supuesto en que decidieran directamente aplicar el proyecto de ley modelo, con independencia del carácter nacional o internacional de la conciliación.

Párrafo 3

23. Habida cuenta de su decisión de omitir en el párrafo 1 la referencia al lugar de conciliación, el Grupo de Trabajo acordó suprimir el párrafo 3.

Párrafo 4

24. Se expresó la opinión de que se debía suprimir el párrafo 4, porque toda enumeración de los motivos para entablar la conciliación podía resultar incompleta y dar pie a interpretaciones erróneas sobre si era o no exhaustiva. En apoyo de su supresión, se señaló que el proyecto de ley modelo debía aplicarse únicamente a los procedimientos conciliatorios entablados por acuerdo de las partes. El proyecto de ley modelo no debería regular las situaciones en que se recurriera a la conciliación en virtud de la ley o a instancia de un tribunal judicial o arbitral que plantearan ciertas cuestiones normativas.

25. Sin embargo, predominó la opinión de que debía mantenerse en el texto una disposición del tenor del párrafo 4. Como cuestión de redacción, se indicó que las palabras "conciliación ... a instancia de una de las partes" eran ambiguas y reflejaban de manera insuficiente la práctica conforme a la cual la conciliación se entablaba cuando una parte aceptaba la invitación de la otra parte a recurrir a tal procedimiento. Otras sugerencias fueron que el párrafo 4 se refiriera expresamente a los casos en que la conciliación se realizara en virtud de la ley o a instancia de un tribunal arbitral. Además, se señaló que en el párrafo 4 se debía dejar claro que el proyecto de ley modelo se aplicaba, con independencia de que el acuerdo de recurrir a la conciliación se hubiera concertado antes o después de surgir la controversia. Estas sugerencias se consideraron aceptables en general.

Párrafo 5

26. Se sugirió suprimir el párrafo 5, para evitar toda interpretación errónea respecto de si un juez o un árbitro estaban o no facultados para poner en marcha un proceso de conciliación con arreglo al proyecto de ley modelo. Pero según la opinión general, el párrafo 5 era necesario para dejar claro que el proyecto de ley modelo no entraba en conflicto con ninguna norma de derecho procesal que pudiera o no otorgar dicha facultad a los jueces y árbitros.

27. Como cuestión de redacción, se señaló que las palabras "un proceso de conciliación" introducían confusión innecesaria respecto de la forma en que esta expresión podía distinguirse de un "procedimiento de conciliación". Se sugirió que las palabras "proceso de conciliación" se sustituyeran por "conferencia para un acuerdo de transacción" o por cualquier otra referencia a las tentativas que realizara un juez o conciliador, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, para facilitar un acuerdo de transacción.

Artículo 2. Conciliación

28. El texto del proyecto de artículo 2 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "Para los fines de las presentes disposiciones legales modelo, se entenderá por "conciliación" todo proceso, designado por

términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les preste asistencia[de forma independiente e imparcial] [y sin poder para imponer a las partes una decisión vinculante] en su amigable tentativa de llegar a un arreglo de una controversia nacida de un contrato u otra relación jurídica o que esté de algún modo vinculada a dicho contrato o relación. ”

29. Hubo acuerdo general respecto del contenido del proyecto de artículo. En cuanto a la primera frase entre corchetes (“de forma independiente e imparcial”), se consideró en general que la cuestión de la independencia e imparcialidad del conciliador no debía abordarse en la definición de conciliación. El Grupo de Trabajo decidió que se suprimieran esas palabras.

30. Con respecto a la segunda frase entre corchetes (“y sin poder para imponer a las partes una decisión vinculante”), se señaló que tal vez no era preciso abordar en una definición de “conciliación” la distinción entre arbitraje y conciliación. Con forme a ello, se sugirió suprimir esta frase. Sin embargo, predominó la opinión de que, para evitar toda ambigüedad no era superfluo que en la definición se aludiera al hecho de que un conciliador o un grupo de conciliadores no tenía poder para imponer a las partes una solución de la controversia.

31. Como cuestión de redacción, se indicó que el proyecto de ley modelo resultaría más inteligible si la definición de “conciliación” se insertara más cerca del comienzo del texto, tal vez en el proyecto de artículo 1. Esta sugerencia fue aprobada en general por el Grupo de Trabajo.

Artículo 3. Conciliación internacional

32. El texto del proyecto de artículo 3 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1. Una conciliación es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tienen, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en donde las partes tengan sus establecimientos:

i) el lugar de la conciliación; o

ii) cualquier lugar en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial o el lugar que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia;

2. A los efectos del presente artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, se tendrá por su establecimiento el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Si una parte carece de establecimiento, se tendrá en cuenta el lugar de su residencia habitual.”

33. El debate se centró en el texto del apartado b) del párrafo 1. En consonancia con la decisión adoptada sobre la referencia al lugar de la conciliación que figura en el proyecto de artículo 1, se convino en general en suprimir el inciso i) del apartado b). En el contexto de este debate, se recordó que, en la práctica, las partes en una conciliación nacional en ciertos casos acordaban por comodidad un lugar de conciliación en el extranjero, sin pretender con ello dar un carácter “internacional” a la conciliación. En consecuencia, se sugirió que, además de la disposición sobre la adhesión de las partes de acogerse al proyecto de ley modelo que figura en el proyecto de artículo 1, el texto debía incluir otra de signo contrario, en virtud de la cual las partes estuvieran facultadas para excluir la aplicabilidad de la legislación por la que se promulgara el proyecto de ley modelo. Esta propuesta recibió apoyo general.

34. En cuanto a la referencia al “lugar que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia”, se señaló que podía restringir innecesariamente el alcance del proyecto de ley modelo. Se propuso aludir en lugar de ello al “lugar que esté vinculado al objeto de la controversia”. Sin embargo, se consideró en general que convendría mantener el enunciado inicial, que reflejaba el del párrafo 3 del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

35. Con respecto al párrafo 2, se señaló que la referencia al establecimiento "que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación" podía complicar innecesariamente la determinación del establecimiento pertinente al dar a entender una posible distinción entre el establecimiento que guarde una relación más estrecha con el contrato entre las partes y el establecimiento que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación. Se señaló que el proyecto de ley modelo establecería con más lógica la pertinencia del "establecimiento que guarda una relación más estrecha con la controversia". Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió mantener la redacción inicial, por razones de coherencia con el párrafo 3 del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

36. Al término del debate, se convino en general en que, a fin de aumentar la claridad del proyecto de ley modelo y de asegurar una mayor coherencia con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, habría que refundir las disposiciones del proyecto de artículo 3 con el proyecto de artículo 1.

Reestructuración de los proyectos de artículo 1, 2 y 3

37. Habida cuenta del debate anterior, el Grupo de Trabajo decidió que los textos de los proyectos de artículo 1, 2 y 3 se refundieran en una única disposición del siguiente tenor:

"Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

1. La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial* internacional**.

2. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les preste asistencia en su tentativa de llegar a un arreglo amigable de una controversia que se derive de una relación contractual o de otro tipo de relación jurídica o que se vincule con dichas relaciones. El conciliador o el grupo de conciliadores no estarán facultados para imponer a las partes una solución de la controversia.

3. Una conciliación es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tienen, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:

i) el Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni

ii) el Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.

4. A los efectos del presente artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5. La presente Ley será también aplicable a toda conciliación comercial cuando las partes convengan en que la conciliación es internacional o acuerden la aplicabilidad de la presente Ley.

6. Las partes podrán convenir en que la presente Ley no sea aplicable.

7. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 8, la presente Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las partes antes o después de que surja la controversia, en virtud de una obligación legal o a raíz de los requerimientos o sugerencias de un tribunal judicial o arbitral o de una entidad pública competente.

8. La presente Ley no será aplicable:

a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes; y

b) [...].

---

* Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se

plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

** Los Estados que deseen incorporar la presente Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales tal vez deseen enmendar el texto del modo siguiente: [...]"

El texto del proyecto de artículo 1 se remitió al grupo de redacción. Se sugirió que en la Guía para la incorporación al derecho interno se explicara que en el proyecto de artículo 1 no se pretende regular la jurisdicción de los tribunales en ningún Estado promulgante.

Artículo 17. Ejecutoriedad del arreglo conciliatorio

38. En vista de que no había tenido suficiente tiempo para examinar cabalmente el proyecto de artículo 17 en su 34º período de sesiones y habida cuenta de la importancia general de toda regla por la que se trate de mejorar la ejecutoriedad de los arreglos conciliatorios en el marco del proyecto de ley modelo, así como de su posible repercusión sobre otros artículos, el Grupo de Trabajo decidió examinar el proyecto de artículo 17 antes de abordar el examen de las restantes disposiciones de índole sustantiva del proyecto.

39. El texto del proyecto de artículo 17 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"[Variante A]

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y si las partes y el conciliador o el grupo de conciliadores firman un arreglo conciliatorio, ese arreglo será vinculante y ejecutorio [*el Estado promulgante agregará aquí disposiciones armonizando la ejecutoriedad de tales arreglos*].

[Variante B]

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia, ese arreglo será vinculante y ejecutable al igual que un contrato.

[Variante C]

De llegar a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia, podrán designar un tribunal arbitral, del que podrán formar parte el conciliador o todo miembro del grupo de conciliadores, y pedir a dicho tribunal que haga constar ese arreglo en forma de un laudo arbitral conforme a lo acordado por las partes.

[Variante D]

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y si las partes y el conciliador o el grupo de conciliadores firman un arreglo por el que se pone término a la controversia, ese arreglo será vinculante y ejecutorio al igual que un laudo arbitral."

Variante B

40. Se observó que la variante B refleja el parecer muy difundido de que, al determinar su ejecutoriedad, el arreglo conciliatorio debe ser tratado como un contrato. Se recordó que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo se reconoce al arreglo conciliatorio su condición jurídica contractual. Ahora bien, si bien la variante B puede constituir el denominador común entre los diversos ordenamientos jurídicos, se opinó en general que su texto sólo serviría para reiterar algo ya evidente, por lo que debería hacerse lo posible por introducir un régimen de ejecutoriedad más eficaz que dotara al arreglo conciliatorio de una ejecutoriedad superior a la de cualquier otro contrato indeterminado.

Variante C

41. Hubo escaso apoyo a favor de la variante C, al prevalecer el criterio de que una disposición así concebida daría lugar a una estructura de ejecución demasiado compleja. Se dijo que no parecía procedente sugerir en el proyecto de ley modelo, con carácter general, que todo procedimiento de conciliación que desemboque en un arreglo conciliatorio debe dar lugar al nombramiento de un tribunal arbitral. Si bien en

algunos supuestos complejos pueda estar justificado estructurar el proceso en dos etapas, esa estructura resultaría engorrosa de ser aplicable a título de regla supletoria. Se recordó que, con o sin la inclusión de una regla concebida en los términos de la variante C, las partes gozarían de autonomía para designar a un tribunal arbitral a raíz de un procedimiento de conciliación, si así lo deseaban (salvo en aquellos ordenamientos en los que la ausencia de una controversia existente entre las partes de resultas del éxito del arreglo conciliatorio constituyera un obstáculo para la apertura del arbitraje).

Variante D

42. Se expresó notable apoyo en favor de la variante D. Se recordó que la idea de equiparar al arreglo conciliatorio con un laudo arbitral había sido uno de los puntos de partida del proyecto destinado a la preparación de un régimen modelo. Se dijo que una disposición concebida en los términos de la variante D sería particularmente apta para añadir, a la ejecutoriedad contractual descrita en la variante B, el grado de ejecutoriedad adicional que el régimen modelo deseaba establecer. Además, se observó que el texto de la variante D correspondería a la normativa legal ya imperante en algunos países.

43. Prevaleció, no obstante, el parecer de que introducir una disposición concebida en los términos de la variante D daría lugar a demasiadas incertidumbres y dificultades prácticas. Concretamente, la ficción legal de que el arreglo conciliatorio debía ser tratado al igual que un laudo arbitral no alteraría la índole básicamente contractual del arreglo conciliatorio. Cabía prever que hubiera dificultades suscitadas por la aplicabilidad eventual de dos regímenes, es decir, del régimen general de los contratos y del régimen legal aplicable a los laudos arbitrales. A título de ejemplo de los motivos que tal vez cabría invocar para impugnar la índole vinculante y ejecutoria de un arreglo conciliatorio, se señaló que ni los motivos enunciados en el artículo V de la Convención de Nueva York, ni los enunciados en el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional para denegar la ejecución o en el artículo 34 de esa misma Ley Modelo para impugnar la validez de un laudo, resultarían probablemente suficientes o adecuados para invocar supuestos de fraude, error, violencia u otros motivos que sí serían, en ocasiones, invocables para impugnar la validez de un contrato. En lo que se refiere a su reconocimiento y ejecución, se observó que el arreglo conciliatorio ganaría mucho de que le fuera aplicable la Convención de Nueva York. Ahora bien, prevaleció el parecer de que subsistirían fuertes dudas en muchos países sobre los supuestos y la medida en que la Convención de Nueva York sería aplicable a un arreglo conciliatorio. Se dijo además que una disposición inspirada en la variante D obligaría a definir un criterio para distinguir un arreglo al que se llegara durante o de resultas de un procedimiento conciliatorio de aquellos arreglos que tal vez se hubieran discutido en el marco de un procedimiento de conciliación pero que se hubieran concertado al margen de ese procedimiento. Se consideró que podía ser difícil establecer esas distinciones, habida cuenta del carácter flexible del procedimiento de conciliación.

Variante A

44. Se expresaron pareceres divergentes respecto de la variante A. Se objetó al respecto que declarar que un arreglo conciliatorio era “vinculante y ejecutorio” no creaba certidumbre alguna respecto del grado de ejecutoriedad de dicho arreglo. Se dijo que en muchos países donde era fácil obtener el reconocimiento de un arreglo conciliatorio a título contractual, esta variante no aportaría ninguna ventaja de fondo al derecho existente. Además, se objetó a la variante A que su adopción no obraría en aras de la uniformidad del derecho al no ofrecer una solución unificada a la determinación de la manera en que el arreglo conciliatorio pasaría a ser “ejecutorio”, que se deja al arbitrio del derecho por lo demás aplicable en el Estado promulgante.

45. Prevaleció no obstante el parecer de que se incorporara una disposición concebida en términos como los de la variante A en el cuerpo del proyecto de ley modelo, ya que dejaba cierto margen de flexibilidad y tal vez contribuyera también a la uniformidad del derecho aplicable, si en la guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno se divulgaba el conocimiento de la práctica actualmente aplicable a la ejecución de estos arreglos, por ejemplo dando una lista ilustrativa de los requisitos exigibles. Se convino en general que se hiciera referencia expresa en el texto de la variante A a la índole contractual del arreglo conciliatorio. Se convino también en suprimir

las palabras "y el conciliador o el grupo de conciliadores firman un arreglo conciliatorio" a fin de no sugerir ninguna responsabilidad eventual del conciliador o del grupo de conciliadores, ni crear al respecto ninguna obligación imputable al hecho de haber sido el conciliador testigo de un acuerdo. Por otra parte, muchos conciliadores desearían evitar que se pensara que estuvieran favoreciendo un resultado en particular.

46. Se hicieron varias sugerencias sobre cómo conseguir que el texto de la variante A sirviera de base para establecer un régimen legal que dotara al arreglo conciliatorio de una ejecutoriedad superior a la de un mero contrato. Una sugerencia fue la de que en el régimen del proyecto de ley modelo se confiriera al arreglo conciliatorio, en su calidad de contrato, la autoridad de la *res judicata*. Se observó que esa solución es la que da el derecho actual en materia de conciliación en cierto número de países y que la noción de la *res judicata* es ya conocida, en una u otra forma, en numerosos ordenamientos jurídicos. Se sugirió, por consiguiente, hacer remisión a esta noción en el texto revisado de la variante A. En ese mismo sentido, se sugirió, con miras a que el texto así revisado resulte más aceptable, que se sustituya toda referencia directa al tecnicismo de la *res judicata* por algún texto descriptivo que recoja esa noción. Otra sugerencia fue la de redactar el texto de la variante A en términos como los siguientes: "si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia, dicho arreglo será tenido por vinculante y ejecutorio. La ejecución del arreglo conciliatorio sólo podrá ser denegada a instancia de la parte contra la que el arreglo haya sido invocado, si esa parte presenta, al foro competente ante el que se haya demandado su reconocimiento o ejecución, pruebas de que ese arreglo es nulo de pleno derecho".

47. A fin de asegurarse de que el arreglo cuya ejecución se demande es fruto de un procedimiento de conciliación y de evitar que las partes se vean sorprendidas por alguna medida ejecutoria, se sugirió además que se exija en el artículo 17 que en el texto del arreglo conciliatorio se consigne expresamente que las partes están de acuerdo en que ese arreglo es fruto de la conciliación y desean que sea ejecutorio con arreglo a lo previsto en la legislación por la que se promulgue el proyecto de ley modelo. Se observó que ese requisito sería conforme al principio de la autonomía de las partes que sirve de base a la conciliación. Se expresó, no obstante, inquietud de que ese requisito adicional fuera únicamente adecuado en supuestos en los que la conciliación fuera administrada por una institución o autoridad conciliadora, pero que podría ser demasiado engorroso para una conciliación que se llevara a cabo en un marco improvisado. El efecto no buscado de esos requisitos podría ser denegar a cierto número de arreglos conciliatorios la ejecutoriedad reconocida en el proyecto de ley modelo, si dichos acuerdos no llevaban consignadas las declaraciones requeridas.

48. El Grupo de Trabajo no llegó a una conclusión definitiva respecto del contenido del proyecto de artículo 17 durante el examen inicial. Se convino en reanudar el examen una vez que se hubiera puesto fin al examen de los proyectos de artículo presentados. Las deliberaciones sobre este artículo se reanudarían sobre una versión revisada de la variante A, en la que se tuvieran en cuenta las observaciones formuladas, así como, a título de ejemplo, las soluciones ya introducidas en el derecho interno de algunos países para agilizar la ejecución de los arreglos conciliatorios.

Nuevo artículo sobre la interpretación de la Ley Modelo

49. Se sugirió, y el Grupo de Trabajo acordó, que se incluyera en el proyecto de ley modelo una disposición del tenor del artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, del artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, y del artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas. Esa disposición, que se basa en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ayudaría a interpretar el proyecto de ley modelo, teniendo debidamente en cuenta su origen internacional. Basándose en las disposiciones mencionadas de las tres Leyes Modelo de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo acordó un nuevo proyecto de artículo con el siguiente enunciado:

> "1. En la interpretación de la presente Ley se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Ley."

Artículo 4. Modificación mediante acuerdo

50. El texto del proyecto de artículo 4 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"De no disponerse otra cosa en las presentes disposiciones legales modelo, las partes podrán convenir en excluir cualquiera de ellas o en modificar su efecto."

51. Se argumentó que las palabras "de no disponerse otra cosa" eran innecesarias, ya que ninguno de los artículos del proyecto de ley modelo parecía disponer otra cosa. Se expresó el temor de que si el proyecto de artículo 4 permitía a las partes excluir o modificar todas las disposiciones del proyecto de ley modelo, o algunas de ellas, podría haber consecuencias imprevistas. Por ejemplo, cuando las partes decidieran excluir todas las disposiciones del proyecto de ley modelo, excepto las relativas a la ejecutoriedad del arreglo conciliatorio, o cuando las partes decidieran que el párrafo 3 del artículo 8, en el que se establecían directrices para la actuación del conciliador, no fuera aplicable a una determinada conciliación. Predominó en general la opinión de que, de mantenerse en el texto del proyecto de ley modelo una disposición como la del párrafo 3 del artículo 8, no debería estar sujeta a la discreción de las partes. El Grupo de Trabajo convino en que la Ley Modelo debía basarse en la regla general de la autonomía de las partes y en que las reglas imperativas debían enunciarse expresamente. El Grupo de Trabajo no llegó a una decisión definitiva sobre la frase inicial del proyecto de artículo 4 en esa etapa del examen. Se acordó volver a examinar la cuestión cuando el Grupo de Trabajo hubiera concluido el examen de las disposiciones de fondo del proyecto de ley modelo, con miras a especificar las eventuales disposiciones imperativas que tal vez habría que enunciar en el proyecto de artículo 4.

Artículo 5. Inicio del procedimiento de conciliación

52. El texto del proyecto de artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1. El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden entablar ese procedimiento.

2. Si una parte que invitó a la otra a entablar un procedimiento de conciliación no recibe respuesta de esta última en un plazo de [14] días a partir de la fecha en que se envió la invitación o en cualquier otro plazo especificado en la invitación, esa parte podrá considerar que la otra ha rechazado su oferta de conciliación."

Párrafo 1

53. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen del párrafo 1 del proyecto de artículo 5 hasta que se hubiera decidido si el proyecto de ley modelo debería contener o no una disposición relativa al plazo de prescripción (como la enunciada en el actual proyecto de artículo 12). Se sostuvo que, si no se incorporaba al texto ninguna disposición sobre el plazo de prescripción, el párrafo 1 podría considerarse innecesario.

Párrafo 2

54. Sobre el párrafo 2 se hicieron varios comentarios. Un delegado consideró demasiado rígida la regla en virtud de la cual la parte que invita a la otra a un procedimiento de conciliación puede dar por rechazada la invitación si al cabo de 14 días aún no ha recibido respuesta de esa otra parte. Se consideró que, en ciertas circunstancias, la respuesta podía demorarse por circunstancias ajenas a la voluntad de la parte invitada. A fin de evitar esa situación, se sugirió que, al final del párrafo 2, se agregaran las siguientes palabras: "siempre y cuando la parte iniciadora notifique a la parte o a las partes invitadas que, al no haber recibido respuesta, da por rechazada la invitación a conciliación". Por otra parte, se sugirió que, en vez de que la parte iniciadora hubiera de "recibir" una respuesta en el plazo de 14 días, se dispusiera que la respuesta debería "enviarse" en un plazo de 14 días. Frente a este argumento, se recordó que en un anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo ya se había rechazado esa enmienda. Estas propuestas recibieron escaso apoyo. No obstante, para evitar que se considerara el párrafo 2 demasiado rígido, se convino en prolongar el plazo durante el cual habría de

responderse a la invitación a conciliación, fijándolo en 30 días, en vez de 14.

55. Se expresó la opinión de que, en su forma actual, el párrafo 2 no aclaraba si la aceptación o el rechazo de una invitación a un procedimiento conciliatorio era o no información confidencial. Se sostuvo y se acordó que esta cuestión debería tratarse en el contexto del proyecto de artículo 13, que regulaba la admisibilidad de las pruebas en otros procedimientos.

56. A reserva de la prórroga del plazo, que pasaba de 14 a 30 días, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo 2 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 6. Número de conciliadores

57. El texto del proyecto de artículo 6 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber un grupo de conciliadores."

58. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo 6 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 7. Designación de los conciliadores

59. El texto del proyecto de artículo 7 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "1. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto un único conciliador, las partes se esforzarán en ponerse de acuerdo para designar a ese conciliador.
>
> 2. En todo procedimiento conciliatorio que tengan previsto dos conciliadores, cada una de las partes nombrará uno.
>
> 3. En todo procedimiento conciliatorio con tres o más conciliadores, cada una de las partes nombrará uno. Las partes procurarán ponerse de acuerdo para la designación de los demás conciliadores.
>
> 4. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona apropiada para la designación de los conciliadores. En particular:
>
> *a)* Toda parte podrá solicitar a tal institución o persona que le recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliadores; o
>
> *b)* Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.
>
> 5. Al hacer recomendaciones o al designar a personas para el cargo de conciliador, esa institución o persona se dejará guiar por consideraciones que sean conducentes al nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a la de las partes."

60. Se argumentó que el proyecto de artículo 7, en su forma actual, no preveía la posibilidad de que, en procedimientos de arbitraje entablados a instancia de un tribunal, fuera el tribunal y no las partes quien designara al conciliador. Frente a este argumento, se sostuvo que, incluso en los procedimientos de conciliación entablados a instancia de un tribunal, en algunos Estados las partes en la controversia se encargaban por lo general de designar al conciliador.

61. Se expresó la opinión de que los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 7 eran en realidad sólo disposiciones supletorias para el caso en que las partes no pudieran ponerse de acuerdo sobre la designación de un conciliador o de un grupo de conciliadores. Se sugirió que en los párrafos 1, 2 y 3 se fijara el requisito general de que, en todos los casos, las partes deseosas de entablar un procedimiento de conciliación debieran procurar llegar a un acuerdo sobre la persona del conciliador o sobre el grupo de conciliadores. Esta sugerencia fue criticada por estimarse que ese requisito general, en el que tal vez se fijaría un plazo para que las partes se pusieran de acuerdo al respecto, complicaría innecesariamente el texto y podría retrasar el inicio y la marcha de los procedimientos de conciliación.

62. Se sugirió asimismo que se revisaran los enunciados de los párrafos 1 ,2 y 3 para tener en cuenta los procedimientos con múltiples partes. Cuando hubiera más de dos partes, no sería factible que cada parte nombrara un conciliador. En tales casos, tal vez

convendría que las partes remitieran la controversia a una institución arbitral o a un tercero independiente. Con este criterio, se sugirió que los párrafos 1, 2 y 3 se revisaran del modo siguiente:

> "1. Las partes se esforzarán en ponerse de acuerdo para designar al conciliador único o a los miembros del grupo de conciliadores.
>
> 2. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto un único conciliador, si las partes no logran ponerse de acuerdo para designar a ese único conciliador, éste será nombrado por [nombre de la institución competente o descripción de la persona competente].
>
> 3. En todo procedimiento conciliatorio con un grupo de conciliadores, si las partes no llegan a ponerse de acuerdo sobre uno de los miembros del grupo de conciliadores, ese miembro será designado por [nombre de la institución competente o descripción de la persona competente]."

63. Se sugirió también que se revisaran los párrafos 1, 2 y 3 para que cuando las partes hubieran de designar un número par de conciliadores, cada parte pudiera designar un número igual de conciliadores. Cuando las partes debieran nombrar un número impar de conciliadores, habría que prever una fase suplementaria en la que las partes deberían tratar de llegar a un acuerdo sobre el conciliador restante. Se respondió que, en la práctica, por lo general nunca había más de tres conciliadores.

64. Esas propuestas recibieron un apoyo limitado y prevaleció la opinión de que no convenía modificar el enunciado del proyecto de artículo 7 que se examinaba. Se convino en que en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno se podían poner de relieve las ventajas que tendría el hecho de que las partes procuraran llegar previamente a un acuerdo sobre la identidad del conciliador o del grupo de conciliadores. El texto del proyecto de artículo 7 se remitió al grupo de redacción.

65. En el contexto del debate sobre el proyecto de artículo 7, se formuló la propuesta de que el conciliador tuviera la obligación de revelar cualquier circunstancia por la que pudiera ponerse en entredicho su imparcialidad o independencia. Se sugirió que se agregara una disposición del tenor del párrafo 1 del artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Esta respuesta recibió un amplio apoyo. Para el caso en que este requisito de divulgación fuera incluido en el artículo, el Grupo de Trabajo se planteó también la posibilidad de si la disposición debería regular también las consecuencias que pudieran derivarse del incumplimiento de tal requisito. Según una opinión, la Ley Modelo debería especificar que el hecho de que el conciliador incumpliera este requisito de divulgación no anularía en modo alguno el procedimiento conciliatorio. Prevaleció la opinión de que las consecuencias de este incumplimiento por parte del conciliador debían dejarse en manos de la legislación del Estado promulgante.

66. Tras un debate, se decidió agregar al proyecto de ley modelo una disposición del siguiente tenor: "Cuando se consulte a una persona para proponerle su posible designación como conciliador, esta persona deberá revelar toda circunstancia que pueda justificadamente dar pie a que se ponga en entredicho su imparcialidad o independencia". Se remitió la cuestión al grupo de redacción.

Artículo 8. Sustanciación de la conciliación

67. El texto del proyecto de artículo 8 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "1. Las partes gozarán de autonomía para determinar, por remisión a algún reglamento uniforme de la conciliación o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.
>
> 2. De no llegarse a un acuerdo sobre la forma en que deberá sustanciarse la conciliación, el conciliador o el grupo de conciliadores podrán sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estimen adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los eventuales [pareceres] [expectativas] [propósitos] [deseos] que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.
>
> 3. El conciliador deberá inspirarse en los principios de [objetividad, equidad y justicia] [objetividad, imparcialidad e independencia] y procurará tratar a las partes con equidad.
>
> 4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia."

Párrafo 1

68. El fondo del párrafo 1 se consideró aceptable en general.

Párrafo 2

69. Se expresó la opinión de que debía suprimirse el párrafo 2, puesto que, como lo demostraba la práctica corriente de la conciliación, era poco probable que las partes llegaran a aceptar las reglas de procedimiento que les impusiera el conciliador. Sin embargo, hubo acuerdo en que la política en que se basaba la disposición era adecuada y se consideró aceptable en general el fondo del párrafo 2. Respecto de las variantes colocadas entre corchetes, se expresó una preferencia general por la palabra "deseos" (o "deseos que expresen"), por considerarse que estaba en consonancia con el párrafo 3 del artículo 7 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

Párrafo 3

70. Se dijo que debía suprimirse el párrafo 3. Se volvió a expresar preocupación (como ya se había hecho en el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo) por el hecho de que, al dar a los tribunales un parámetro para medir el desempeño de los conciliadores, el párrafo 3 podría tener el efecto no deseado de incitar a las partes a tratar de anular el arreglo conciliatorio mediante la revisión judicial del proceso de conciliación. Se sugirió que la declaración de principios figurara en el proyecto de guía de aplicación de las disposiciones legales modelo (A/CN.9/487, párr. 124). Se opinó también que el ámbito del párrafo 3 debería limitarse al establecimiento de los principios que habría de aplicar el conciliador en la sustanciación del procedimiento conciliatorio, sin afectar a las condiciones del arreglo conciliatorio. Sin embargo, predominó la opinión de que debían mantenerse los principios rectores en el cuerpo de las disposiciones legislativas con el fin de que sirvieran de orientación, en particular para los conciliadores con menor experiencia.

71. Respecto de las variantes de redacción colocadas entre corchetes, se recordó que la primera reflejaba la decisión del Grupo de Trabajo de que debían mantenerse las palabras "objetividad, equidad y justicia" como una variante posible (ibíd., párr. 125). Se sostuvo que debía preferirse la primera variante por el hecho de que su terminología se asemejaba a la del párrafo 2 del artículo 7 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. La segunda variante reflejaba la opinión de que era preferible utilizar las palabras "imparcialidad e independencia" en vez de "equidad y justicia" porque estas últimas connotaban la función de una autoridad con la facultad de adoptar decisiones (ya fuera un magistrado o un árbitro) en lugar de la función básica del conciliador, y de que la utilización de la palabra inglesa "fairness" podría plantear dificultades en otros idiomas, en particular si había que traducirla con un sustantivo.

72. La opinión generalizada fue que debía interpretarse que ambas variantes establecían una línea de conducta que podía variar considerablemente en función de las circunstancias del caso. Se expresó la opinión de que el incumplimiento del párrafo 3 no debía constituir motivo suficiente para anular el arreglo conciliatorio. Tras un debate, se convino en que podría expresarse mejor la función educativa y el carácter abstracto y relativo de la línea de conducta descrita en el párrafo 3 si se eliminaban ambas variantes. El Grupo de Trabajo decidió que se volviera a redactar el párrafo 3 en los términos siguientes: "Al sustanciar el procedimiento, el conciliador o el grupo de conciliadores procurarán tratar a las partes con equidad y, al hacerlo, tendrán en cuenta las circunstancias del caso". Se remitió el asunto al grupo de redacción.

73. Al concluir las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que, si bien otras disposiciones del proyecto de artículo 8 podrían ser objeto de acuerdos en contrario entre las partes, debía considerarse que el párrafo 3 enunciaba una norma mínima. Por consiguiente, no debía permitirse que las partes aceptaran que los conciliadores siguieran una línea de conducta diferente. Se convino en que el párrafo 3 del proyecto de artículo 8 debía quedar fuera del ámbito de aplicación general del proyecto de artículo 4.

Párrafo 4

74. Se opinó que debía suprimirse el párrafo 4. Se dijo que los Estados promulgantes debían conservar la libertad de determinar si los conciliadores estaban facultados para formular propuestas de arreglo de la controversia. No obstante, predominó la opinión de que el fondo del párrafo 4 era aceptable en general.

Artículo 9. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

75. El texto del proyecto de artículo 9 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas. "

76. Se consideró en general que tal vez era preciso revisar el texto del proyecto de artículo 9 para dejar aclarado que cualquier miembro de un grupo de conciliadores debía tener la posibilidad de reunirse con las partes. Se propuso el texto siguiente como posible párrafo 2, que se insertaría después del actual proyecto de disposición: "Cuando haya más de un conciliador, todo conciliador nombrado por las partes estará facultado para reunirse con la parte que lo nombró, celebrar consultas y comunicarse con ella y, a reserva de toda restricción que la parte designante imponga al conciliador, éste estará autorizado a revelar la totalidad o parte del contenido de lo que se haya examinado al otro o a los otros conciliadores". Si bien se expresó algún apoyo para el texto propuesto, se consideró en general que el efecto de esta disposición podía ser el de institucionalizar la parcialidad del conciliador nombrado por una parte. A fin de evitar la creación de cualquier relación particular entre un conciliador y una parte, se acordó que el texto del proyecto de artículo 9 debía reformularse de la siguiente manera: "A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador, un miembro del grupo de conciliadores o el grupo de conciliadores podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas". Se remitió la cuestión al grupo de redacción.

Artículo 10. Revelación de la información recibida

77. El texto del proyecto de artículo 10 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "Si el conciliador o el grupo de conciliadores recibe de una de las partes información relativa a la controversia, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. Sin embargo, el conciliador o el grupo de conciliadores no podrá revelar la información que reciba de una de las partes, si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial."

78. Se cuestionó la política en que se funda el proyecto de artículo 10, en consonancia con una opinión expresada durante el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se señaló que, a falta de un acuerdo en contrario, exigir al conciliador que mantuviera estrictamente confidencial la información comunicada por una parte era la única manera de asegurar la franqueza y la transparencia de las comunicaciones en el proceso de conciliación. Se indicó que esa confidencialidad estaba en consonancia con las prácticas de conciliación de ciertos países (A/CN.9/487, párr. 131). Se propuso que se modificara el proyecto de artículo 10 para que dijera: "Si el conciliador o el grupo de conciliadores recibe de una de las partes información relativa a la controversia, el conciliador o el grupo de conciliadores no revelará dicha información a ninguna otra parte, a menos que la parte que suministra la información haya dado su consentimiento expreso al respecto".

79. En respuesta, el Grupo de Trabajo reiteró su preferencia por la opinión que había prevalecido ampliamente en su 34º período de sesiones, conforme a la cual el proyecto de artículo 10 debía garantizar la transmisión de información entre los diversos participantes en el proceso de conciliación. Se señaló que el hecho de exigir el consentimiento de la parte que facilitaba la información antes de toda comunicación de dicha información por el conciliador a la otra parte sería demasiado formalista, se contrapondría a la práctica establecida en muchos países, que se recogía en el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y obstaculizaría probablemente todo el proceso de conciliación (A/CN.9/487, párr. 132).

80. Se señaló que el proyecto de artículo 10 se centraba en la revelación de información entre las partes. A fin de que ello quedase más claro, se sugirió sustituir el título actual del proyecto de artículo 10 por "Revelación de información entre las partes". En la misma perspectiva, se sugirió reformular la expresión "revelar la información ...", para indicar inequívocamente que se aludía a "revelar a la otra parte la información". Estas sugerencias fueron aceptadas por el Grupo de Trabajo. Sin embargo, con respecto a la revelación de la información a terceros, se convino en general en que

en el proyecto de ley modelo se debía establecer una norma estricta sobre confidencialidad.

81. Como cuestión de redacción, se sugirió que se sustituyeran las palabras "el contenido de esa información" por las palabras "esa información". En respuesta, se señaló que era preferible el texto actual, que se halla en consonancia con el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, para evitar imponer al conciliador la obligación de comunicar el contenido literal de toda información recibida de las partes. Otra sugerencia fue que se ajustara la redacción al texto revisado del proyecto de artículo 9, mediante una referencia apropiada a "cualquier miembro del grupo de conciliadores". Esta sugerencia recibió apoyo general.

82. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó volver a redactar el proyecto de artículo 10 para que dijera: "Si el conciliador, un miembro del grupo de conciliadores o el grupo de conciliadores recibe de una de las partes información relativa a la controversia, el conciliador, el miembro del grupo de conciliadores o el grupo de conciliadores podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. Sin embargo, el conciliador, el miembro del grupo de conciliadores o el grupo de conciliadores no podrá revelar a la otra parte la información que reciba de una de las partes, si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial". El texto se remitió al grupo de redacción.

Disposición general sobre la confidencialidad

83. Se apoyó la idea de agregar al texto una disposición general sobre el deber del conciliador, y posiblemente también de las partes, de mantener la confidencialidad. Se hizo una propuesta basada en el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI y del siguiente tenor: "El conciliador y las partes mantendrán el carácter confidencial de todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio y a los acuerdos de transacción, salvo en los casos en que su revelación sea necesaria con fines de ejecución, cumplimiento o anulación". Esta propuesta suscitó diversas objeciones. Por ejemplo, se consideró que tal vez sería inapropiado imponer a las partes una regla que no estuviera sujeta a la autonomía de las partes y que resultara muy difícil o imposible de cumplir. Se respondió que la obligación de mantener la confidencialidad podría hacerse depender de que las partes no hubieran acordado lo contrario. Otro problema era que la propuesta no preveía excepciones, por ejemplo, para el caso en que la ley obligara a divulgar datos que probaran la comisión de un delito. Según una opinión más general, una eventual disposición sobre la confidencialidad debería ser lo suficientemente amplia para abarcar no sólo la información divulgada durante un procedimiento conciliatorio, sino también el contenido y el resultado de dicho procedimiento, así como cuestiones relativas a la conciliación que hayan ocurrido antes de llegar al acuerdo, por ejemplo, deliberaciones relativas a la conveniencia de proceder a conciliación, los términos del acuerdo, la elección de conciliadores, la invitación a conciliación y la aceptación o el rechazo de esa invitación.

84. Ante tales objeciones, se propuso revisar el proyecto de disposición del modo siguiente: "El conciliador y las partes mantendrán el carácter confidencial de todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio y a los acuerdos de transacción, salvo si se trata de información: a) que sea necesaria para ejecutar, cumplir o anular el acuerdo de transacción; b) cuya revelación haya sido autorizada por la parte que inicialmente la divulgó; c) que, en cualquier caso, sea del dominio público; d) cuya divulgación esté prescrita por ley; o e) que una parte necesite revelar a sus asesores profesionales a quienes la presente disposición sea también aplicable". Varios de los autores de esta propuesta señalaron que tal vez convendría completar el apartado b) de ese texto, para que fuera aplicable también a la persona de la que hubiera dimanado la información. Si bien se consideró generalmente aceptable el contenido de la primera frase, hubo objeciones sobre las excepciones previstas en la segunda frase. Se estimó que las palabras "asesores profesionales" no daban a entender claramente si se referían únicamente a los profesionales titulares de licencias o si abarcaban también a los profesionales sin licencia, y si los auditores independientes eran considerados asesores en todos los ordenamientos jurídicos. Si bien se opinó en general que las excepciones enunciadas en esa propuesta eran pertinentes y adecuadas en cuanto al fondo, preponderó el criterio de que la enumeración de excepciones en el texto del proyecto de ley modelo podía plantear difíciles problemas de interpretación como, por ejemplo, el de si la enumeración debería considerarse exhaustiva. Tras un debate, el Grupo de

Trabajo convino en que sería más apropiado enumerar en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno una relación ilustrativa y no exhaustiva de posibles excepciones a la regla general de la confidencialidad.

85. Se presentó otra propuesta en la que se pretendía respetar la autonomía de las partes y evitar toda enumeración (exhaustiva o no) de excepciones. La propuesta decía lo siguiente: "A menos que las partes convengan otra cosa, y a menos que sea necesario por precepto legal o para proteger un derecho legal, todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio serán de carácter confidencial". Se objetó que el concepto de "derecho legal" era ambiguo. Se propuso modificar el enunciado teniendo en cuenta el texto del artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, sustituyendo las palabras "para proteger un derecho legal" por "o a efectos de ejecución, cumplimiento o anulación del acuerdo de transacción". Si bien se apoyó esta enmienda, se señaló que tal vez resultara inapropiada la idea de anular (*setting aside*) el acuerdo de transacción. Se argumentó que poniendo de relieve la posibilidad de "anular" un acuerdo de transacción se podía desvirtuar el objetivo fundamental del proyecto de ley modelo de fomentar la ejecutoriedad de un arreglo conciliatorio, particularmente en el proyecto de artículo 17. Además, si bien en el artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional se enumeraban los criterios para la anulación de un laudo arbitral, no se había previsto ninguna disposición similar en el proyecto de ley modelo que se examinaba. Tras un debate, se acordó omitir toda referencia a una "anulación" del acuerdo de transacción. Se expresó el temor de que las palabras "procedimiento conciliatorio" se interpretaran restrictivamente y no englobaran el acuerdo de transacción. A fin de evitar esta ambigüedad, se sugirió que se emplearan las palabras "las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio y al acuerdo de transacción". También se sugirieron las palabras "las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio, incluido el contenido de tal procedimiento", con lo cual se aseguraría una aplicación más amplia de esta regla. Finalmente, se propusieron las palabras "todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio", que recibieron un amplio apoyo, sobre todo por los buenos resultados que había dado el texto enunciado en el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Se convino en que en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno se dieran las explicaciones necesarias para evitar toda interpretación restrictiva de la expresión "procedimiento conciliatorio" y para dejar claro que las excepciones al deber general de confidencialidad no debían entenderse referidas únicamente al acuerdo de transacción sino también al procedimiento conciliatorio, a fin de evitar que, por ejemplo, en un procedimiento de anulación se menoscabara el derecho de una parte a recurrir a los tribunales (en los ordenamientos en que existiera ese derecho).

86. Teniendo presente el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, se llegó al acuerdo general de insertar en el proyecto de ley modelo una disposición del siguiente tenor: "A menos que las partes convengan otra cosa, todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio tendrán carácter confidencial, salvo en los casos en que su revelación esté prescrita por ley o sea necesaria con fines de ejecución y cumplimiento de un acuerdo de transacción". Se remitió este texto al grupo de redacción. Se opinó que sería conveniente especificar a qué partes sería aplicable el principio de confidencialidad, dado que en la disposición se hacía referencia a "la ley".

Artículo 11. Conclusión de la conciliación

87. El texto del proyecto de artículo 11 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "El procedimiento de conciliación se dará por concluido:
>
> *a)* al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;
>
> *b)* al efectuar el conciliador o el grupo de conciliadores, previa consulta con las partes, una declaración por escrito en la que se haga constar que ya no ha lugar a que prosigan los esfuerzos de conciliación, tras la fecha de tal declaración;
>
> *c)* al dirigir las partes al conciliador una declaración por escrito en la que hagan constar que dan por concluido el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o
>
> *d)* al dirigir una parte a la otra y al conciliador, si éste ha sido designado, una

declaración por escrito en la que dé por concluido el procedimiento conciliatorio, en la fecha de tal declaración."

88. Se manifestó apoyo general a los aspectos esenciales del proyecto de artículo 11. Se plantearon diversas cuestiones relativas a la formulación del proyecto de artículo. Se recordó que en su anterior período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió sustituir el concepto de "firma" por el de "concertación" del arreglo conciliatorio para tener más en cuenta las operaciones de comercio electrónico. En consonancia con la política de promover los medios electrónicos de comunicación, se planteó la posibilidad de enmendar la expresión "declaración por escrito" que figura en el apartado b) para que diga simplemente "declaración". Se sugirió que, dado que el propósito del artículo era asegurar que quedara cierta constancia de la conclusión mediante una declaración, expresiones tales como "u otros medios de comunicación" podrían introducirse en los apartados b), c) y d) después de la expresión "declaración por escrito" para tener más en cuenta los medios electrónicos de comunicación. En cambio, según otra opinión, el término "registro" sería más apropiado para reflejar la necesidad de que se pueda guardar constancia de la declaración de conclusión. El Grupo de Trabajo convino en que el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico seguía un criterio que podría servir para elaborar una definición de "escrito" que tuviera más en cuenta los medios electrónicos de comunicación. Se sugirió que en una nota de pie de página del proyecto de ley modelo o de guía para la incorporación al derecho interno se prescribiera que todo Estado promulgante que no hubiese promulgado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se planteara incorporar a su legislación una disposición del tenor del artículo 6 de ese instrumento al promulgar e incorporar a su derecho interno el proyecto de ley modelo. Se sugirió que si se estimara necesario hacer más explícita la referencia al concepto de "escrito" que figura en el proyecto de artículo 11, los Estados promulgantes podrían tener que considerar la posibilidad de proceder análogamente con respecto a otras disposiciones del proyecto de ley modelo, por ejemplo, en relación con el concepto de "firma" en el proyecto de artículo 17. En general, se convino en que no era necesario insertar disposiciones concretas sobre el comercio electrónico en el proyecto de ley modelo, pero que en cambio sí convenía tratar este tipo de cuestiones en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno.

89. Se observó que el actual proyecto preveía la situación en la que uno o más miembros del grupo de conciliadores podían dar por concluido el procedimiento de conciliación. El enunciado actual del apartado b) no regula la cuestión de si cuando haya más de un conciliador los miembros del grupo de conciliadores deben actuar de consuno y de si la declaración por la que se da por concluido el procedimiento sólo puede adoptarse por unanimidad. A este respecto se señaló que el apartado c) dice "al dirigir las partes al conciliador" una declaración por escrito y que el apartado d) dice "al dirigir una parte a la otra y al conciliador" una declaración por escrito. Se sugirió que ambos apartados se enmendaran de forma que abarcaran los procedimientos de conciliación en los que interviene más de un conciliador. Esta propuesta se aceptó sin reservas.

90. Se planteó la cuestión relativa a la expresión "la fecha de tal declaración" que figura en los apartados b), c) y d). Se expresó que, en el enunciado actual, el apartado d) otorga a una parte en un procedimiento de conciliación no sólo los medios para dar unilateralmente por concluido el procedimiento, sino también la posibilidad de adoptar una decisión unilateral respecto de la fecha en que el procedimiento se dará por concluido. Se planteó el temor de que el apartado d) pudiera dar pie a abusos permitiendo, por ejemplo, que una parte fechara retroactivamente una declaración, de modo que ciertas revelaciones hechas durante el procedimiento conciliatorio no se vieran afectadas por artículos tales como el proyecto de artículo 10, que trata sobre revelación de la información recibida. Por consiguiente, se propuso que la expresión "la fecha de tal declaración" que figura en los apartados b), c) y d), se reemplazara por la frase "la fecha en la que la otra parte reciba la declaración". Frente a este argumento se sostuvo que, aunque se hubiese concluido el procedimiento de conciliación, los artículos 10 y 13 seguirían rigiendo la revelación de la información recibida cuando estaba en marcha el procedimiento de conciliación.

91. Tras el debate, se convino en que, con excepción de las enmiendas necesarias para regular los procedimientos conciliatorios en que intervenga un grupo de conciliadores, no se modificara el texto del proyecto de artículo 11, aunque cabría agregar en el

proyecto de guía para la incorporación al derecho interno explicaciones relativas a términos y expresiones como “escrito”, “por escrito” y “firmado”, cuando se emplearan en el contexto del comercio electrónico. El proyecto de artículo se remitió al grupo de redacción.

Artículo 12. Plazo de prescripción

92. El texto del proyecto de artículo 12 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> “[1. Cuando se inicie el procedimiento de conciliación, dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.
>
> 2. Cuando el procedimiento de conciliación haya concluido sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción empezará a correr de nuevo a partir del momento en que se haya concluido sin arreglo el procedimiento de conciliación.]”

93. Se manifestó una firme oposición al mantenimiento del proyecto de artículo 12, debido principalmente a que la cuestión relativa al plazo de prescripción plantea problemas técnicos complejos y sería difícil incorporarla en regímenes procesales nacionales que adoptan enfoques diferentes de la cuestión. Además, se sugirió que la disposición era innecesaria, ya que las partes podían proteger sus derechos por otros medios (por ejemplo, acordando prorrogar el plazo de prescripción o iniciando un procedimiento arbitral o judicial con el fin de interrumpir el plazo de prescripción). Se esgrimió un argumento igualmente firme en favor de la inclusión del proyecto de artículo 12, basado en la afirmación de que el hecho de preservar los derechos de las partes durante un procedimiento de conciliación reforzaría el interés por la conciliación. Se dijo que el marco de algunos sistemas jurídicos no permitía acordar una prórroga del plazo de prescripción, por lo que era preferible proporcionar a las partes medios cabales y eficaces para proteger sus derechos a darles la opción de iniciar un procedimiento arbitral o judicial. Algunos de los que se oponían a la inclusión del artículo consideraron que el momento de inicio del procedimiento de conciliación (es decir, cuando las partes acuerdan participar en un procedimiento de conciliación de conformidad con el proyecto de artículo 5 no era suficientemente preciso y que el proyecto de artículo 12 podría ser más aceptable si ese momento se definiera con mayor precisión. En concordancia con esta idea, se sugirió que el párrafo 1 se redactara nuevamente de la siguiente manera: “El plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación dejará de correr en la fecha en que la persona o personas a las que se pide que actúen como conciliador o conciliadores consienten en hacerlo.” Se sugirió que esta formulación mejoraba el texto actual, ya que vinculaba la interrupción del plazo de prescripción a un hecho más objetivo que el acuerdo de tomar parte en un procedimiento de conciliación. Sin embargo, la sugerencia se rechazó porque priva a las partes del control de la interrupción del plazo de prescripción y otorga dicho control a los conciliadores. Se dijo que el demandante necesitaba la protección que suponía la interrupción del período de prescripción a partir del momento en que daba su acuerdo a un procedimiento de conciliación con la otra parte, y que una interrupción condicionada a que una persona acepte actuar de conciliador podría llegar demasiado tarde para proporcionar dicha protección. Se sugirió que para lograr una mayor claridad, lo más apropiado sería considerar la fecha en que la parte que invita a otra parte o partes a participar en un procedimiento de conciliación recibe la aceptación de esa invitación.

94. Tras las deliberaciones, se decidió que el proyecto de artículo 12 se basara en la idea de que el acuerdo de las partes es lo que interrumpe el plazo de prescripción, y que la disposición figurara en una nota de pie de página en el proyecto de artículo 5 para que los Estados que desearan promulgarla pudiesen optar.

Artículo 5, párrafo 1. Inicio del procedimiento de conciliación

95. El Grupo de Trabajo volvió a tratar el párrafo 1 del proyecto de artículo 5, cuyo análisis había acordado aplazar hasta después de haber concluido el examen del proyecto de artículo 12.

96. Se rechazó una sugerencia de que se indicara que las partes tuvieran que convenir “por escrito” en entablar un procedimiento de conciliación (como se exige en los acuerdos de arbitraje), por el carácter amigable del proceso de conciliación y por ser innecesario imponer requisitos de forma a partes que deseaban acudir a la vía de la conciliación para resolver su controversia.

97. Se observó que una disposición sobre el inicio del procedimiento de conciliación no podía ser precisa, habida cuenta de que las partes utilizaban distintos métodos para convenir entablar ese procedimiento. Se sugirió que se enumeraran estos métodos en la guía para la incorporación al derecho interno. Se consideró que, en última instancia, la cuestión del momento en que las partes convinieran iniciar el procedimiento dependía de las pruebas. Se opinó que determinar el inicio del procedimiento sería problemático principalmente para los Estados que decidieran promulgar una disposición sobre la suspensión del plazo de prescripción a tenor del proyecto de artículo 12, ya que las partes deberían estar seguras de la fecha de la suspensión. Se sugirió que, para dar más precisión a la regla, se utilizara un texto basado en el artículo 2 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI del siguiente tenor: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el procedimiento de conciliación dará comienzo cuando una parte invite a la otra a entablar ese procedimiento y la otra parte reciba la invitación". Se criticó esta sugerencia porque se limitaba a enunciar una sola forma de convenir la conciliación. Se criticó igualmente por el hecho de que, cuando un tribunal en uso de sus prerrogativas ordenaba a las partes que acudieran a la conciliación, era inapropiado suponer que quedara librado a una parte invitar a la otra a la conciliación y a la otra parte a acceder a la invitación. La posibilidad de que no cupiera esperar una invitación de una parte a raíz de una orden judicial podría significar que se facultaba a las partes para incumplir la orden judicial. Por consiguiente, se sugirió que el procedimiento de conciliación diera comienzo en la fecha en que se dictaba la orden judicial. Sin embargo, el Grupo de Trabajo opinó que no era la orden judicial en sí la que daba lugar al procedimiento, sino el momento en que las partes cumplían esa orden emprendiendo los trámites que ponían en marcha el procedimiento. Por consiguiente, debería definirse ese momento en función del acuerdo de las partes para entablar el procedimiento de conciliación. El hecho de que las partes no cumplieran la orden judicial traería consecuencias que quedaban fuera del ámbito de aplicación del proyecto de ley modelo.

98. Se señaló con preocupación que el texto de la disposición no establecía una distinción clara entre las situaciones en que las partes acordaban acudir a la conciliación en relación con una controversia surgida entre ellas y las situaciones en que, una vez surgida una controversia, las partes convenían en pedir a un tercero que actuara de conciliador en relación con esa controversia. El proyecto de artículo 5 se refería únicamente al último tipo de situación, o sea, cuando las partes convenían en entablar un procedimiento de conciliación tras el surgimiento de una controversia.

99. A fin de subsanar esa insuficiencia, se propuso añadir el texto siguiente: "1A. A los efectos del párrafo 1, una condición enunciada en un contrato concertado antes de que surja un diferendo o controversia, por la que se disponga que los diferendos o controversias emanados de dicho contrato se resolverán por conciliación, no constituirá un acuerdo en regla de entablar un procedimiento de conciliación. 1B. A los efectos del párrafo 1, una invitación de conciliación acompañada de la aceptación de dicha invitación constituirá un acuerdo en regla de entablar un procedimiento de conciliación". Recibió apoyo la idea en que se sustentaba esta propuesta, aunque no su enunciación. Se propuso otro texto del siguiente tenor: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo en la fecha en que se envíe una invitación por escrito para entablar dicho procedimiento a raíz de una orden dictada por una autoridad competente, de un acuerdo anterior a acudir a la conciliación o a instancias de una parte y aceptación de la otra parte". Sin embargo, se criticó la propuesta por los mismos motivos alegados anteriormente (véase el párrafo 97 *supra*), o sea, que la disposición no era adecuada cuando un tribunal ordenaba la conciliación y en situaciones en que las partes acordaran acudir a la conciliación sin que mediara una invitación y la aceptación correspondiente.

100. Hubo consenso en que convenía conservar una disposición relativa al inicio del procedimiento de conciliación. Se dijo que el texto actual era adecuado por su carácter general, siempre que se enmendara para dejar en claro que se refería a situaciones en que se acordaba recurrir a la conciliación después del surgimiento de una controversia. Se convino en que había que incluir un texto del siguiente tenor: "1. Salvo que se convenga lo contrario, el procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia que pudiere surgir dará comienzo el día en que las partes acuerden entablar ese procedimiento. 2. Si una parte que invitó a la otra a entablar un procedimiento

de conciliación no recibe respuesta de esta última en un plazo de 30 días a partir de la fecha en que se envió la invitación o en cualquier otro plazo especificado en la invitación, esa parte podrá considerar que la otra ha rechazado su oferta de conciliación". Se acordó que este texto debería sustituir al texto actual del párrafo 1 del artículo 5. Se aprobó el fondo de la disposición y ésta se remitió al grupo de redacción.

Artículo 13. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

101. El texto del proyecto de artículo 13 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1. [A menos que las partes acuerden otra cosa,] la parte que participe en un procedimiento conciliatorio o un tercero no invocará ni presentará como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, guarde o no relación este procedimiento con la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento de conciliación:

a) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;

b) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

c) Las propuestas presentadas por el conciliador;

d) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador.

2. El párrafo 1) del presente artículo será aplicable con independencia de [la forma que revista la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo] [que la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo sean orales o escritas].

3. [Independientemente de si el procedimiento arbitral o judicial guarda o no relación con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio], el tribunal arbitral o judicial no ordenará la divulgación de la información a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, a menos que la ley por la que se rija el procedimiento arbitral o judicial permita o exija dicha divulgación.

4. Cuando se hayan presentado pruebas en contravención del párrafo 1) del presente artículo, el tribunal arbitral o judicial tendrá dichas pruebas por inadmisibles.

5. Ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral o judicial dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación."

Párrafo 1

Frase introductoria

102. Con respecto a la frase ["A menos que las partes acuerden otra cosa,"], se expresó la opinión de que el principio general enunciado en el párrafo 1 no debía estar sujeto a la autonomía de las partes. En consecuencia, se sugirió que el carácter obligatorio del párrafo 1 se señalara en el proyecto de artículo 4. Se expresó algún apoyo para esta sugerencia, cuya finalidad era conservar el carácter autónomo y confidencial de la conciliación. Sin embargo, la opinión imperante fue que el interés público que podía vincularse a la prohibición establecida en el párrafo 1 no era lo bastante fuerte para justificar desviarse de la autonomía de las partes como uno de los principios esenciales del proyecto de ley modelo. Tras un debate, se decidió que el párrafo 1 continuara sujeto a un acuerdo en contrario de las partes. En cuanto a la forma en que se debía expresar el carácter no obligatorio de la disposición, se planteó la opinión de que las palabras "[A menos que las partes acuerden otra cosa"] eran superfluas, habida cuenta de la norma general contenida en el proyecto de artículo 4. No obstante, la opinión imperante fue que mantener este texto reflejaría mejor la función de la norma establecida en el párrafo 1 como norma de conducta supletoria para las partes.

Apartados a) a d)

103. Si bien se expresó apoyo general para los apartados a) a d), se sugirió incorporar otros dos apartados, del siguiente tenor: "e) La invitación de una parte a entablar procedimientos de conciliación, o el hecho de que una parte estuviera dispuesta a participar en procedimientos de conciliación" y "f) Un documento preparado exclusivamente a los efectos del

procedimiento de conciliación". Esta sugerencia recibió aprobación general.

104. Se planteó una cuestión relativa a la relación entre los párrafos 1 de los proyectos de artículo 13 y 12. Se señaló que, en la medida en que la iniciación del procedimiento podía suspender el plazo de prescripción previsto en el proyecto de artículo 12, no quedaba claro cómo una parte podía presentar pruebas de dicha suspensión si el párrafo 1 del proyecto de artículo 13 prohibía que se presentaran dichas pruebas. Se respondió que cuando se hacía referencia a "la invitación" a entablar la conciliación y a una expresión de la "disposición" a participar en un procedimiento de conciliación, el nuevo apartado a) tenía por objeto preservar la confidencialidad del procedimiento de conciliación, pero no regular el acuerdo de conciliación. Así pues, el párrafo 1 no impedía que se presentaran pruebas del acuerdo de conciliación como causa de la suspensión del plazo de prescripción. Se observó que tal vez sería preciso suministrar aclaraciones apropiadas al respecto en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno.

Párrafo 2

105. El contenido del párrafo 2 se consideró aceptable en general. Con respecto a las formulaciones opcionales que figuran entre corchetes, se consideró en general que eran preferibles las palabras "la forma que revista la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo", porque no se referían a ninguna forma determinada que revistiera la información. De este modo, estas palabras evitaban las cuestiones de interpretación que pudieran plantearse, por ejemplo, respecto de si la información presentada en un medio electrónico se debía considerar escrita u oral. El asunto se remitió al grupo de redacción.

Párrafo 3

Referencia a "El tribunal arbitral o judicial no ordenará la divulgación de la información a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo ..."

106. Se expresó apoyo general para la norma básica establecida en el párrafo 3 con respecto a los tribunales arbitrales o judiciales. El debate se centró en las excepciones que se debían hacer a la prohibición general de divulgar información respecto de las partes, enunciada en el párrafo 1, y de los tribunales arbitrales o judiciales, enunciada en el párrafo 3 (véanse los párrafos 108 a 114, *infra*).

Referencia a "[independientemente de si el procedimiento arbitral o judicial guarda o no relación con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio]"

107. Aunque se convino en general en que se debía conservar el texto entre corchetes, se consideró que debía aplicarse igualmente a los párrafos 1, 2 y 3. A tal efecto, se acordó que dichas palabras se reubicaran en un párrafo aparte, cuya redacción debía ser del siguiente tenor: "Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo se aplicarán independientemente de si el procedimiento arbitral o judicial o de otra índole guarda o no relación con la controversia que es o era objeto del procedimiento conciliatorio". El asunto se remitió al grupo de redacción.

Referencia a "a menos que la ley por la que se rija el procedimiento arbitral o judicial permita o exija dicha divulgación."

108. Se expresaron diversas opiniones respecto de las posibles excepciones a la regla general enunciada al principio del párrafo 3. Una de ellas fue que se debía suprimir toda mención de dichas posibles excepciones. Se señaló que las partes que entablan un procedimiento de conciliación debían tener la seguridad de que la confidencialidad del proceso estaría resguardada por la ley y de que no quedarían obligados a divulgar información relativa al procedimiento de conciliación en el contexto de un procedimiento judicial o arbitral posterior. Sin embargo, la opinión imperante fue que en la Ley Modelo se debía establecer expresamente la facultad de los tribunales arbitrales y judiciales de ordenar la revelación de información en determinadas circunstancias.

109. En cuanto a la formulación de las excepciones a la regla general que figura en la tercera línea del párrafo 3, se sugirió que la redacción de este párrafo se atuviera estrechamente a la adoptada para la disposición general sobre confidencialidad (véase el párrafo 86 *supra*) y fuese del siguiente tenor: "salvo en los casos en que su revelación sea necesaria por precepto legal o para fines de ejecución, cumplimiento o anulación de un acuerdo de conciliación". Esta sugerencia recibió amplio apoyo. En el contexto de la

reformulación propuesta, se señaló que se debían suprimir las palabras “permita o” que figuran en el actual proyecto. Referirse a que la divulgación es “permitida” por la ley crearía una excepción excesivamente amplia del principio general de no divulgación, porque ello podría interpretarse en general en el sentido de que la ley “permitiría” la utilización de información como pruebas.

110. En el contexto de este debate, se expresó la opinión de que las excepciones a la prohibición de divulgar información se debían aplicar igualmente a las partes señaladas en el párrafo 1 y a los tribunales judiciales o arbitrales que se señalan en el párrafo 3. Se señaló que las excepciones propuestas para el párrafo 1 serían necesarias, por ejemplo, para regular una situación en que una parte deseara legítimamente impugnar la validez del acuerdo de conciliación porque su decisión de acceder a la conciliación era resultado de dolo de la otra parte o del conciliador. Se respondió que no se requerían excepciones al párrafo 1, siempre que se las incluyera en el párrafo 3. Conforme a esta opinión, no se debía autorizar a una parte para adoptar una determinación respecto de si se debía divulgar la información a que se alude en el párrafo 1. En cambio, si una parte consideraba que la presentación de la información a que se alude en el párrafo 1 se requería por precepto legal o era necesaria para conservar sus derechos, por ejemplo en casos de presunto fraude, dicha parte debía recurrir al tribunal para obtener un fallo al respecto. Se señaló que permitir que una parte se desviara de la regla general que figura en el párrafo 1 menoscabaría el derecho de la otra parte a la confidencialidad del proceso de conciliación.

111. Con miras a conciliar las diversas opiniones expresadas respecto de las excepciones que se debían prever para las reglas generales que figuran en los párrafos 1 y 3, se sugirió que la cuestión se regulara en el párrafo 4.

Párrafo 4

112. Se sugirió reemplazar la palabra “tendrá” por “podrá tener”. Aunque se expresó apoyo para esta sugerencia, la opinión imperante fue que la modificación propuesta otorgaría facultades discrecionales excesivas a los tribunales y alentaría a las partes a que hiciesen caso omiso de la prohibición general relativa a la divulgación de información. Prevaleció la opinión de que con una redacción inspirada en la disposición general sobre confidencialidad (véase el párrafo 86 *supra*), cuya formulación fuese análoga a la que se apoyó en general para el párrafo 3 (“salvo en los casos en que su revelación sea necesaria por precepto legal o para los efectos de ejecución, cumplimiento o anulación de un acuerdo de conciliación”), se resguardarían adecuadamente los intereses de una parte en caso de presunto fraude.

113. Como cuestión de redacción, se convino en que, si se insertaba en los párrafos 3 y 4 el mismo texto inspirado en la disposición general sobre confidencialidad, los dos párrafos debían refundirse en una sola disposición.

114. Tras un debate, se convino en que los párrafos 3 y 4 debían reformularse como párrafo 3, con una redacción del siguiente tenor: “3. El tribunal arbitral o judicial u otra autoridad gubernamental competente no ordenará la divulgación de la información a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, y en caso de que dicha información se presente como prueba en contravención de lo dispuesto en dicho párrafo, dichas pruebas se considerarán inadmisibles. Sin embargo, esta información podrá divulgarse o admitirse como prueba en la medida en que lo exija la ley o para fines de ejecución o aplicación de un acuerdo de conciliación”.

Párrafo 5

115. Se expresó apoyo general para el contenido del párrafo 5. Se propuso que la disposición fuera precedida por las palabras “A reserva de las limitaciones previstas en el párrafo 1,” y que se añadiera la expresión “de otra forma” después del término “admisible”. Dicha propuesta se consideró aceptable en general. El texto se remitió al grupo de redacción.

Artículo 14. Función del conciliador en otros procedimientos

116. El texto del proyecto de artículo 14 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> “1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro, ni como representante o letrado defensor de una parte, en ningún procedimiento arbitral o judicial

relativo a una controversia que hubiera sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio.

2. No se admitirán pruebas presentadas por el conciliador acerca de las cuestiones a que se refiere el párrafo 1 del artículo 13 o acerca de la conducta de cualquiera de las partes durante el procedimiento de conciliación en ningún procedimiento arbitral o judicial [con independencia de que dicho procedimiento arbitral o judicial guarden o no relación con la controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio] [en relación con una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio].

3. [El párrafo 1 será también aplicable] [Los párrafos 1 y 2 serán también aplicables] en relación con cualquier otra controversia que surja a raíz del mismo contrato [o de cualquier contrato conexo].”

Párrafo 1

117. Se estimó que la determinación de si el conciliador podría actuar como representante o letrado defensor de alguna de las partes no debería quedar al arbitrio de la voluntad de las partes. Para dar efecto a esta propuesta se sugirió suprimir del párrafo 1 la expresión “ni como representante o letrado defensor de una parte” o suprimir la salvedad inicial del párrafo “salvo acuerdo en contrario de las partes” y efectuar los cambios apropiados en el proyecto de artículo 4, para indicar el carácter imperativo del párrafo 1. Se sugirió que en algunos ordenamientos jurídicos, aun cuando las partes acordaran que el conciliador actuara como representante o letrado defensor de alguna de ellas, ese acuerdo contravendría las normas de conducta profesional que deben observar los conciliadores, y se podría percibir como atentatorio contra la integridad de la conciliación como vía de solución de las controversias. Se objetó a esta propuesta el que menoscabara el principio de autonomía de las partes y no reconociera que en los ordenamientos en los que la ética profesional impedía que un conciliador actuase como representante o letrado defensor, el conciliador tenía siempre la libertad de negarse a actuar en esa función. Se sugirió que el párrafo 1 se enmendara de tal manera que no se abordara la cuestión de si un conciliador podría actuar como representante o letrado defensor de alguna de las partes. Para ello, se propuso suprimir del párrafo 1 la expresión “ni como representante o letrado defensor de una parte”. Se señaló que, al menos en los países en los que no existiera ninguna norma de deontología al respecto, tal enmienda permitiría que un conciliador actuase como letrado defensor o representante de cualquiera de las partes sin el consentimiento de la otra parte. No obstante esta opinión, el Grupo de Trabajo acordó suprimir la expresión “ni como representante o letrado defensor de una parte, en ningún procedimiento arbitral o judicial”. También acordó que debería incluirse una explicación en el proyecto de guía a fin de aclarar que en algunos ordenamientos ciertas normas de deontología prohibían que un conciliador actuara como representante o letrado defensor, mientras que en otros ordenamientos ello estaba permitido.

118. En cuanto a la forma del acuerdo entre las partes relativo a la posibilidad de que el conciliador actúe como árbitro, se expresó la opinión de que, en la práctica, el párrafo 1 podría dar lugar a confusión. Se sugirió que tal vez el texto debería indicar más claramente si el acuerdo entre las partes tendría que ser explícito y probablemente por escrito. Esta sugerencia no obtuvo apoyo.

Párrafo 2

119. Respecto de su texto, se sugirió que el empleo del término “pruebas” “evidence”) podría suscitar dificultades de interpretación en ciertos idiomas u ordenamientos jurídicos si se empleaba en lugar de prestar “testimonio” (“testimony”) en relación con el conciliador. Se explicó que resultaría difícil comprender el párrafo 2 si su lectura sugería que el conciliador presentaría pruebas, siendo habitual que sean las partes las que presenten las pruebas. Por ello, se sugirió que el término “testimonio” sería más apropiado que “pruebas”. Se respondió a esa observación que el concepto de “testimonio” no era lo bastante amplio para abarcar ciertos elementos esenciales, entre ellos, las notas tomadas por escrito por los conciliadores en el marco del procedimiento.

120. Se sugirió también que el término “cuestiones” se reemplazara por “hechos” o por “información”, en consonancia con los términos utilizados en el proyecto de artículo 13. Se propuso suprimir la expresión “o acerca de la conducta de cualquiera de las partes durante el procedimiento de conciliación”, aduciendo

que contradice la idea de que el procedimiento de conciliación supone discusiones francas y sinceras. Se objetó a esta propuesta que las pruebas relativas a la conducta de las partes presentadas por un conciliador podrían perjudicar y menoscabar considerablemente la confianza de las partes en el procedimiento de conciliación. Sin embargo, se consideró que esas palabras eran innecesarias, ya que el testimonio sobre la conducta de una parte era inadmisible por estar ya previsto en uno de los apartados del párrafo 1 del proyecto de artículo 13. Con respecto a las variantes entre corchetes, el Grupo de Trabajo expresó que prefería mantener la primera variante ("con independencia de que dicho procedimiento arbitral o judicial guarde o no relación con la controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio").

121. Se propuso que, en aras de la claridad, el párrafo 2 debería redactarse nuevamente en términos como los siguientes: "El conciliador no deberá presentar prueba alguna acerca de las cuestiones a que se refiere el párrafo 1 del artículo 13 o acerca de la conducta de cualquiera de las partes durante el procedimiento de conciliación". Se propuso incluir a continuación de esa oración una nueva oración que modificara el texto actual de la manera siguiente: "Tales pruebas no se admitirán en ningún procedimiento arbitral o judicial con independencia de que dicho procedimiento arbitral o judicial guarde o no relación con la controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio". Esa propuesta recibió cierto apoyo.

122. Una propuesta alternativa para superar las preocupaciones expresadas acerca del término "prueba" y para armonizar mejor la condición del conciliador con la de cualquier otro "tercero" de conformidad con el proyecto del artículo 13, fue enmendar el párrafo 1 del proyecto de artículo 13 en términos que engloben las pruebas o testimonios presentados por un conciliador. Para ello, se propuso suprimir el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 y enmendar las palabras iniciales del párrafo 1 del proyecto de artículo 13 en términos como los siguientes: "A menos que las partes acuerden otra cosa, la parte que participe en un procedimiento conciliatorio o un tercero, incluido el conciliador, no prestará testimonio ni aportará pruebas o indicios en un procedimiento arbitral, judicial o similar". Tras el debate, el Grupo de Trabajo aceptó la propuesta y la remitió al grupo de redacción. También se acordó que la Guía debería reflejar el hecho de que, en algunos ordenamientos, ni siquiera las partes en una conciliación están eximidas de la prohibición de llamar a un conciliador como testigo, a menos que fuera aplicable alguna excepción explícita, en forma tal vez de una obligación prescrita por la ley.

Párrafo 3

123. Se recordó que esta disposición tenía por finalidad ampliar el ámbito de los párrafos 1 y 2 para que abarcasen las controversias que surgieran a raíz del mismo contrato o de cualquier contrato conexo, independientemente de si una cláusula de conciliación era o no aplicable a todas esas controversias. Se acordó que el párrafo 3 debería suprimirse y que su contenido debería añadirse al final del párrafo 1 en los siguientes términos: "en relación con una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio, así como de cualquier otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de cualquier contrato conexo". Se remitió esta cuestión al grupo de redacción.

Artículo 15. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

124. El texto del proyecto de artículo 15 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "1. En el curso de un procedimiento conciliatorio, las partes no podrán entablar procedimiento arbitral o judicial alguno respecto de la controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, obligación a la que el tribunal judicial deberá dar efecto. No obstante, cualquiera de las partes podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial si estima que ese procedimiento es necesario para salvaguardar sus derechos. La apertura de tal procedimiento no pone, de por sí, término al procedimiento conciliatorio.
>
> 2. [En la medida en que las partes se hayan comprometido de manera expresa a no entablar [durante cierto plazo o mientras no ocurra algo] un procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia presente o futura, el tribunal judicial o arbitral deberá dar efecto a dicho

compromiso [en tanto no se cumplan las condiciones del acuerdo]].

[3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo no serán óbice para que una parte recurra a una autoridad competente solicitándole que designe un árbitro.]"

125. El debate se centró en las repercusiones que podría tener la segunda oración del párrafo 1. Según se señaló, se desprendía de su forma actual que cada parte gozaba de una discreción muy amplia para determinar si la apertura de un procedimiento arbitral o judicial era "necesaria para salvaguardar sus derechos". Por ejemplo, podría alegarse fácilmente que una solicitud de medidas cautelares era "necesaria para salvaguardar [los] derechos" del demandante. Había muchas probabilidades de que se recurriera a la segunda frase del párrafo 1 para dejar sin efecto la primera (A/CN.9/WG.II/WP.115, párr. 42).

126. Se señaló con preocupación que el uso en el texto inglés de las palabras "in its opinion" ("si estima" en español) podría no ser apropiada en una ley modelo y que debía buscarse una fórmula más objetiva para expresar el fundamento del derecho de toda parte a entablar, cuando sea necesario, un procedimiento arbitral o judicial. A reserva del curso que se dé a esta sugerencia, los criterios en que se inspiraba la segunda oración del párrafo 1 obtuvieron apoyo general. Se opinó que debía suprimirse la regla enunciada en la primera oración del párrafo 1, según la cual se prohibía entablar todo procedimiento arbitral o judicial mientras estuviera en curso un procedimiento conciliatorio, puesto que la latitud de sus términos la hacía inaceptable como norma básica reguladora de la relación entre un procedimiento conciliatorio y un procedimiento arbitral o judicial. También se opinó que debía suprimirse porque era demasiado restringida, ya que se aplicaba sólo cuando el procedimiento de conciliación ya se hubiese iniciado, y porque no quedaba claro cómo se regularía en algunos ordenamientos jurídicos la obligación que de ella emanaba. Se convino en que debía sustituirse la primera oración por el párrafo 2, que se refería, con mayor acierto, al caso en que las partes se comprometían de manera explícita a no entablar un procedimiento arbitral o judicial que pudiera competir con el procedimiento conciliatorio al que habían convenido en recurrir. Se sostuvo que la modificación señalada del artículo 15 contribuiría a aumentar la confianza en la conciliación como vía para la solución de controversias, si las partes tenían la certeza de que al acudir a ella no menoscababan su derecho jurídico a recurrir a la vía judicial. Por ello mismo, se expresó apoyo general a favor de la tercera oración del párrafo 1, en la que se enunciaba claramente que la apertura de un procedimiento judicial o arbitral no ponía, de por sí, término al procedimiento conciliatorio.

127. Se expresó apoyo general para los términos en que estaba redactado el párrafo 2, incluidas las variantes colocadas entre corchetes. No obstante, se expresó la inquietud de que facultara a las partes para fijar un plazo injustificadamente largo durante el que no se pudiera entablar un procedimiento arbitral o judicial. Otra inquietud suscitada por el texto del párrafo era que de él se desprendiera que el tribunal judicial o arbitral debía dar efecto a una obligación contractual independientemente de si se habían cumplido o no las formalidades requeridas por el derecho por lo demás aplicable al margen del proyecto de ley modelo. Ello causaría problemas en algunos ordenamientos, en los que los tribunales estaban facultados para rechazar toda obligación contractual que no estuviera redactada con la certeza debida. Varias delegaciones reconocieron al respecto que un tribunal estaría siempre facultado para examinar la validez de un contrato, incluida la de toda disposición por la que se demorara un procedimiento arbitral o judicial. Se sugirió que el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo reflejara el hecho de que el párrafo 2 sería conformado a los requisitos de derechos procesal y sustantivo internos existentes.

128. Se convino en suprimir el párrafo 3, puesto que la modificación propuesta del proyecto de artículo 15 lo hacía innecesario.

129. Tras deliberar se acordó que se redactara el artículo 15 en términos como los siguientes: "Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, durante cierto plazo o mientras no se haya producido cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia presente o futura, el tribunal arbitral o judicial dará efecto a dicho compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado. No obstante, cualquiera de las partes podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial si estima

que ese procedimiento es necesario para salvaguardar sus derechos. La apertura de tal procedimiento no supondrá, de por sí, que se renuncie al acuerdo de recurrir a un procedimiento de conciliación ni que se dé por concluido dicho procedimiento." Se remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 16. Actuación del árbitro como conciliador

130. El texto del proyecto de artículo 16 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "[No se tendrá por incompatible con su función que sea el árbitro el que sugiera recurrir a la conciliación y, en la medida en que así lo hayan acordado las partes, participe en sus esfuerzos por llegar a un arreglo concertado.]"

131. Se recordó que en el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que el proyecto de artículo 16 debería suprimirse porque trataba de actos que cabría adoptar en procedimientos arbitrales y no en procedimientos de conciliación. Por consiguiente, suponiendo que tal disposición fuera necesaria, el lugar más indicado sería un texto legal en que se regulara el arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.115, párr. 44). Además, se recordó que al debatirse el proyecto de artículo 1, el Grupo de Trabajo había examinado la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo las situaciones en que un árbitro fuese a sustanciar una conciliación en cumplimiento de sus prerrogativas procesales o en virtud de su poder discrecional (A/CN.9/487, párr. 103).

132. La inclusión del proyecto de artículo 16 dio lugar a dos posiciones opuestas. Algunos opinaron que su inclusión sería útil, en particular para los países que tenían poca experiencia en conciliación. Se recordó que el Grupo de Trabajo había aceptado en general el principio de que un árbitro podía sugerir recurrir a la conciliación y participar en el procedimiento conciliatorio. Se dijo asimismo que no sería incoherente excluir del ámbito del proyecto de ley modelo los procedimiento conciliatorios sustanciados por un juez o por un árbitro y facultar en esa misma ley a los tribunales y conciliadores para hacerlo. Teniendo presente que en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional el tema no se trataba en absoluto, tal vez era aún más necesario enunciar el principio en el proyecto de ley modelo. Sin embargo, predominó la opinión de que, habida cuenta de que el proyecto de artículo 16 trataba de las funciones y de la competencia de un árbitro, sería inapropiado y confuso incluir tal disposición en una ley modelo sobre conciliación. Al cabo de algunas deliberaciones se convino en eliminar el proyecto de artículo 16 y en añadir una explicación en el proyecto de guía en el sentido de que el objetivo del proyecto de ley modelo no era indicar si un árbitro podía actuar o participar o no en una conciliación relativa a una controversia, asunto que se dejaba a discreción de las partes actuando conforme a la ley aplicable. Se convino en que al redactar esa explicación la Secretaría debía tener presente el texto del párrafo 47 de las Notas de la CNUDMI sobre organización del proceso arbitral.

Proyecto de artículo 17

133. El Grupo de Trabajo reanudó el examen del proyecto de artículo 17 (las deliberaciones anteriores figuran en los párrafos 38 a 48 *supra*). Se presentaron diversas propuestas sobre la manera en que la variante A podría servir de base para establecer un régimen jurídico que otorgase a los acuerdos de transacción mayor ejecutoriedad que la de un contrato ordinario. Se sugirió revisar el proyecto de artículo 17 del modo siguiente:

> "1. Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y si las partes firman un acuerdo de transacción, ese arreglo será vinculante y ejecutorio al igual que un contrato.
>
> 2. Una vez firmado un acuerdo, ninguna parte podrá impugnar los términos de la transacción, a menos que una parte demuestre que el acuerdo es nulo y sin efecto [o por cualquier otro motivo ineficaz] [en virtud de la legislación aplicable] [*el Estado promulgante podrá agregar aquí otras disposiciones para regular la ejecutoriedad de tales acuerdos*]."

134. Si bien se consideró que en lo esencial el párrafo 1 era aceptable para todo el Grupo de Trabajo, en general se estimó que el texto propuesto del párrafo 2 era demasiado restrictivo, ya que el proyecto de ley modelo podría prever, además de la nulidad, otros motivos de impugnación de los acuerdos conciliatorios. Se mencionó, a título de ejemplo, que un acuerdo de transacción podría ser impugnado por no reflejar exactamente la fórmula de conciliación

acordada entre las partes. Se expresaron dudas acerca de si el proyecto de ley modelo debía permitir la impugnación de un acuerdo de transacción por tal motivo.

135. Con miras a ofrecer una descripción más genérica de procedimientos rápidos para la ejecución de acuerdos de transacción, se presentó la siguiente propuesta de revisión del proyecto de artículo 17:

> "Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia, ese acuerdo será vinculante y ejecutorio mediante los mismos procedimientos por los que un acuerdo de transacción relativo a una controversia comercial es ejecutorio en ese Estado. [El Estado promulgante podrá agregar aquí una descripción o referencia a dichos procedimientos. Además, el Estado promulgante podrá agregar: 'Si las partes manifiestan en el acuerdo de transacción que dicho acuerdo se concertó mediante un procedimiento conciliatorio, y que convienen en que sea ejecutorio del mismo modo que un laudo arbitral relativo a una controversia comercial internacional es ejecutorio en ese Estado, ese acuerdo será ejecutorio con arreglo a dichos procedimientos a reserva de las excepciones y las vías de recurso aplicables en ese Estado a los laudos arbitrales relativos a controversias comerciales internacionales.']"

136. Si bien esa propuesta recibió cierto apoyo, en general se consideró que la simple referencia en el texto a la existencia de procedimientos para la ejecución de un acuerdo de transacción relativo a una controversia comercial en virtud de la legislación del Estado promulgante constituía una mera reafirmación de lo obvio y no daba al texto el nivel mínimo de armonización que cabría esperar de una Ley Modelo preparada por la CNUDMI. En cuanto a la redacción, se expresaron dudas acerca de si el empleo de la expresión "los mismos procedimientos" reflejaba adecuadamente la necesidad de aludir tanto al derecho procesal como al derecho de fondo. Se señaló también que, en vista de la diversidad de procedimientos de que podría disponer cualquier país en relación con la ejecución de un acuerdo de transacción, el texto propuesto no sería de gran utilidad para sus usuarios.

137. En cuanto a la posibilidad de que las partes convinieran en que el acuerdo de transacción fuera "ejecutorio del mismo modo que un laudo arbitral", se expresaron opiniones divergentes con respecto a que esa propuesta pudiera hacer que un acuerdo de transacción fuera ejecutorio en virtud de la Convención de Nueva York (véase el párrafo 43 *supra*). Se manifestaron serias reservas acerca de si era procedente equiparar un acuerdo de transacción, que es fundamentalmente un contrato, con un laudo arbitral. Se dijo que algunos países podrían oponerse por razones constitucionales a esa equiparación.

138. Según una opinión generalizada, se requería más trabajos e investigación sobre la manera en que el carácter ejecutorio de un acuerdo de transacción podría plasmarse en el proyecto de ley modelo. Se formularon otras sugerencias sobre la manera en que el proyecto de ley modelo podría contribuir a la armonización de las diversas leyes y al establecimiento de un mecanismo de ejecución rápida. Se sugirió que el proyecto de ley modelo debería establecer, como regla mínima uniforme, que al impugnar el carácter vinculante y ejecutorio de un acuerdo de transacción, corresponderá al demandante la carga de la prueba. También se sugirió que los trabajos adicionales se concentraran en los motivos para denegar la ejecución de un acuerdo de transacción, utilizando como fuente de inspiración para ello el artículo V de la Convención de Nueva York y los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. También se señaló que el régimen jurídico de ciertos países para las actas notariales podría ser un modelo útil. Sin embargo, se señaló que ese modelo podría exigir el establecimiento de requisitos de forma para acuerdos de transacción, con lo que se introduciría un nivel de formalismo que podría contradecir las actuales prácticas de conciliación.

139. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que el texto del proyecto de artículo 17 se redactara nuevamente de la manera siguiente: "Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y si las partes firman ese acuerdo, ese acuerdo de transacción será vinculante y ejecutorio ... [*el Estado promulgante agregará aquí una descripción del método de ejecución de los acuerdos de transacción o se remitirá a las disposiciones que rijan esa ejecución*]". Se señaló que la finalidad del texto era reflejar el mínimo denominador común entre los diversos sistemas jurídicos. Se reconoció que el texto era ambiguo, en tanto que podía leerse en diferentes idiomas y referirse a diferentes sistemas jurídicos, ya sea dando lugar a un alto grado de ejecutoriedad o

simplemente haciendo referencia al hecho obvio de que podría darse carácter ejecutorio a un acuerdo de transacción a través de procedimientos apropiados. Se hizo notar que, en el marco de los preparativos del 35º período de sesiones de la Comisión, se invitaría a los Estados a presentar observaciones oficiales sobre el proyecto de texto, y que la Secretaría celebraría consultas oficiales para tratar de mejorar ese texto.

Proyecto de artículo 4

140. De conformidad con lo que había acordado anteriormente, el Grupo de Trabajo examinó las disposiciones del proyecto de ley modelo que tal vez deberían ser consideradas imperativas y que por consiguiente no podrían ser objeto de las modificaciones mediante acuerdo que permite el proyecto de artículo 4. Se recordó que cualquiera de esas disposiciones deberá mencionarse en el proyecto de artículo 4.

141. Se recordó que el párrafo 3 del proyecto de artículo 8, que establece principios rectores de la conducta de los conciliadores, se había acordado como disposición imperativa no sujeta al principio de autonomía de las partes. Además, se convino en que el nuevo artículo relativo a la interpretación del proyecto de ley modelo no pretendía afectar a las relaciones entre las partes. Por consiguiente, se habría de considerar imperativo y no debería estar sujeto al principio de la autonomía de las partes.

142. Se sugirió que el proyecto de artículo 17 fuera de carácter imperativo. Algunas delegaciones manifestaron su preocupación por esa sugerencia, ya que el texto del proyecto era ambiguo. Se respondió que, si bien podría lograrse una mayor claridad en el proyecto de artículo 17 a través de consultas oficiosas o de las observaciones formuladas por los gobiernos, el proyecto de artículo 17 debería ser imperativo, dado que es una disposición sobre la ejecución, independientemente de cómo quedara finalmente redactada. Hubo acuerdo general acerca de que, en la medida en que el proyecto de ley modelo incluyera una disposición sobre ejecución, esa disposición no debería estar sujeta al principio de la autonomía de las partes. Sin embargo, también se consideró que ante la incertidumbre que suscitaba el proyecto de artículo 17 en su enunciado actual, convendría que ese artículo no figurara entre las disposiciones imperativas del proyecto de ley modelo. Se propuso como variante incluir una nota de pie de página en el proyecto de artículo 17 del siguiente tenor: “Al poner en práctica el procedimiento para la ejecución de acuerdos de transacción, un Estado promulgante podrá considerar la posibilidad de que dicho procedimiento sea de carácter obligatorio”. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta.

143. Se planteó si era necesario incluir también entre las disposiciones imperativas al proyecto de artículo 1. Se sugirió la necesidad de que en sus futuras deliberaciones la Comisión examinara en qué medida ciertas disposiciones relativas al ámbito de aplicación de la Ley Modelo habían de figurar entre las disposiciones imperativas del proyecto de artículo 4. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa sugerencia.

144. Tras un debate, se acordó que el proyecto de artículo 17 fuera incorporado al proyecto de artículo 4 como disposición obligatoria. Sin embargo, también se acordó que la Secretaría continuara celebrando consultas oficiosas sobre la redacción del artículo 17.

III. PROYECTO DE GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

145. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional, que se recoge en el documento A/CN.9/WG.II/WP.116.

Título y observaciones generales

146. Se propuso que el título del proyecto de guía fuera “Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional, a fin de indicar con mayor claridad el hecho de que la Guía no se destinaba únicamente a legisladores, sino también a jueces, profesionales del derecho y académicos. El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta.

147. Se preguntó si se había previsto que el proyecto de guía fuera aprobado por la Comisión o sólo que se

publicara bajo la responsabilidad de la Secretaría. Se destacó que, si bien la Comisión había aprobado expresamente otras guías que acompañaban leyes modelo anteriores de la CNUDMI, existían las dos posibilidades. Se dijo que, independientemente de la opción que se escogiera, el proyecto de guía debía reflejar la decisión de la Comisión en su exposición inicial, en la sección titulada "Finalidades de esta Guía".

Párrafo 4

148. Se sugirió que, al haberse suprimido las referencias a las palabras "independencia e imparcialidad" en el párrafo 3 del artículo 8 de la Ley Modelo, sería conveniente hacer cambios semejantes en la primera oración del proyecto de párrafo 4 del proyecto de guía. Se propuso también que en la penúltima oración del mismo párrafo convendría distinguir más claramente la conciliación del arbitraje, por ejemplo, incluyendo una referencia al carácter extrajudicial del procedimiento conciliatorio. Otra propuesta fue que se suprimiera "al involucrar ... a un tercero imparcial que ha de prestarles su asistencia" y se sustituyera esa frase por "involucrar a un tercero que ha de prestarles asistencia de forma independiente e imparcial".

Párrafo 7

149. Se propuso modificar el proyecto de párrafo 7 para que denotara mejor el objetivo expresado en el Grupo de Trabajo de que el proyecto de ley modelo diera a los acuerdos de transacción un carácter más vinculante y ejecutorio. Del enunciado actual del párrafo podría desprenderse que la conciliación nunca llegaría a ser vinculante.

Ámbito de aplicación

150. En relación con la sección D, titulada "Ámbito de aplicación", se propuso modificar el párrafo 12 a fin de que recogiera la idea debatida en el Grupo de Trabajo de que se pretendía que algunas disposiciones fueran imperativas.

Estructura de la Ley Modelo

151. Se dijo que el empleo del término "reglas" en los párrafos 16 y 19 se prestaba a confusión. Se propuso que, cuando procediera, el proyecto de guía se refiriera al término "reglas" cuando se hablara del reglamento de conciliación y se utilizara el término "disposiciones" cuando se hablara de las disposiciones del texto del proyecto de ley modelo.

Observaciones sobre cada artículo

152. Se sugirió que en el proyecto de párrafo 23 se indicara que la referencia a "comercial" se basaba en una definición enunciada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Se sugirió también que el término "comercial" englobara también el "comercio electrónico". Se recordó que este concepto no se limitaba al ámbito comercial, según se había observado en el seno de la Comisión al tratarse el tema del comercio electrónico. No obstante, se convino en proporcionar explicaciones adecuadas en el proyecto de guía para subrayar que el proyecto de ley modelo se ajustaría a las necesidades del comercio electrónico y de la solución de controversias por vía informática.

153. Se dijo también que era demasiado restrictiva la afirmación de que definir "comercial" podía ser particularmente útil para aquellos países en los que no existía una rama autónoma de derecho mercantil. Se sugirió que la nota al pie del artículo también podría servir a aquellos países en que existía tal rama, puesto que, como el derecho varía de un país a otro, esa nota podía armonizar las diferencias.

Artículo 6. Número de conciliadores

154. Se propuso modificar el párrafo 41 a fin de que indicara que la regla supletoria que se enunciaba en el artículo 6 se inspiraba en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Se aclaró que en varios reglamentos privados de arbitraje internacional la regla supletoria prevé un solo árbitro.

Artículo 7. Designación de los conciliadores

155. Se sugirió que se incluyera una referencia general en el párrafo 42, por la que se indicara que era posible tener un número par de conciliadores en un procedimiento de conciliación por el hecho de que éstos no tenían la obligación de dictar una decisión ni emitir un voto.

Artículo 8. Sustanciación de la conciliación

156. Se propuso que en la observación sobre el proyecto de artículo 9 en los párrafos 44 a 46 inclusive se expresara la política convenida en el Grupo de

Trabajo de que las referencias a “trato equitativo de las partes” en el proyecto de ley modelo regulaban el procedimiento conciliatorio y no el acuerdo de transacción.

Artículo 9. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

157. Se sugirió que en el párrafo 48 se añadieran las frases “hará lo posible por” o “actuará con miras a” a continuación de “El conciliador”, a fin de traducir mejor las modificaciones que se habían efectuado al examinar el proyecto de artículo 8.

Artículo 10. Revelación de la información

158. Se sugirió suprimir la última frase del párrafo 49, que decía “a diferencia de lo que sucede en el arbitraje, donde el árbitro tendrá el deber absoluto de revelar todo dato que le sea comunicado”, porque podría considerarse una enunciación un tanto desmedida y también porque no era apropiado incluirla en una guía que trataba de la conciliación.

Artículo 16. Actuación del árbitro como conciliador

159. Si bien el Grupo de Trabajo reconoció que se había omitido el proyecto de artículo 16, se convino en que el proyecto de guía debía reflejar, donde correspondiera, el hecho de que en varios ordenamientos se permitía a los árbitros actuar de conciliadores, aunque en otros se les negara esa facultad.

Artículo 17. Ejecutoriedad de la transacción

160. Se acordó que los Estados proporcionarían a la Secretaría ejemplos de leyes y prácticas nacionales relacionadas con la ejecutoriedad de los acuerdos de conciliación con el propósito de que tal vez fueran mencionados en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo.

161. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo sobre la Conciliación Comercial Internacional, teniendo en cuenta las propuestas precedentes y las observaciones sobre los proyectos de artículo formuladas durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

ANEXO

Proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre la conciliación comercial internacional

(aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI en su 35º período de sesiones, celebrado en Viena del 19 al 30 de noviembre de 2001)

Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

1. La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial[1] internacional[2].

2. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les preste asistencia en su esfuerzo por llegar a un arreglo amigable de una controversia que se derive de una relación contractual o de otro tipo de relación jurídica o que se vincule con dichas relaciones. El conciliador o el grupo de conciliadores no estarán facultados para imponer a las partes una solución de la controversia.

3. Una conciliación es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tienen, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:

i) el Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni

ii) el Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.

4. A los efectos del presente artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

---

[1] Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

[2] Los Estados que deseen incorporar la presente Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales tal vez deseen enmendar el texto del modo siguiente: [...].

b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5. La presente Ley será también aplicable a toda conciliación comercial cuando las partes convengan en que la conciliación es internacional o acuerden la aplicabilidad de la presente Ley.

6. Las partes podrán convenir en que la presente Ley no sea aplicable.

7. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 8, la presente Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las partes antes o después de que surja la controversia, en virtud de una obligación legal o a raíz de los requerimientos o sugerencias de un tribunal judicial o arbitral o de una entidad pública competente.

8. La presente Ley no será aplicable:

a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes; y

b) [...].

Artículo 2. Interpretación

1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

A reserva de lo dispuesto en el artículo 2 y en el párrafo 3 del artículo 7, las partes podrán convenir en excluir cualquiera de ellas o en modificar su efecto.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación[3]

1. Salvo que las partes convengan otra cosa, el procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciar ese procedimiento.

---

[3] Los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción podrían insertar en su respectiva ley el siguiente artículo:

Artículo X. Suspensión del plazo de prescripción

1) Cuando se inicie el procedimiento de conciliación, dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.

2) Cuando el procedimiento de conciliación haya concluido sin llegarse a un arreglo, se terminará la suspensión y el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que se haya concluido sin arreglo el procedimiento de conciliación.

2. Si una parte que invitó a la otra a entablar un procedimiento de conciliación no recibe de esta última una aceptación de la invitación en un plazo de 30 días a partir de la fecha en que se envió la invitación o en cualquier otro plazo especificado en la invitación, esa parte podrá considerar que la otra ha rechazado su oferta de conciliación.

Artículo 5. Número de conciliadores

El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber un panel de conciliadores.

Artículo 6. Designación de los conciliadores

1. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto un único conciliador, las partes se esforzarán en ponerse de acuerdo para designar a ese conciliador.

2. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto dos conciliadores, cada una de las partes nombrará uno.

3. En todo procedimiento conciliatorio con tres o más conciliadores, cada una de las partes nombrará uno. Las partes procurarán ponerse de acuerdo para la designación de los demás conciliadores.

4. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona apropiada para la designación de los conciliadores. En particular:

a) Toda parte podrá solicitar a tal institución o persona que le recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliadores; o

b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.

5. Al hacer recomendaciones o al designar a personas para el cargo de conciliador, esa institución o persona se dejará guiar por consideraciones que sean conducentes al nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a la de las partes.

6. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento conciliatorio, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Artículo 7. Sustanciación de la conciliación

1. Las partes gozarán de autonomía para determinar, por remisión a algún reglamento de la conciliación o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.

2. De no llegarse a un acuerdo sobre la forma en que deberá sustanciarse la conciliación, el conciliador o el grupo de conciliadores podrán sustanciar el

procedimiento conciliatorio del modo que estimen adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los eventuales deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

3. En cualquier caso, el conciliador o el grupo de conciliadores procurarán dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia.

Artículo 8. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador, el grupo de conciliadores o uno de sus miembros podrán reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas.

Artículo 9. Revelación de la información entre las partes

Si el conciliador, el grupo de conciliadores o alguno de sus miembros reciben de una de las partes información relativa a la controversia, el conciliador, el grupo de conciliadores o uno de sus miembros podrán revelar el contenido de esa información a la otra parte. Sin embargo, el conciliador, el grupo de conciliadores o uno de sus miembros no podrán revelar la información que reciban de una de las partes, si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

Artículo 10. Deber de confidencialidad

A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o que sea necesaria a efectos de cumplimiento y ejecución del acuerdo de transacción.

Artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. A menos que las partes acuerden otra cosa, toda parte que participe en un procedimiento conciliatorio o todo tercero que haya participado en dicho procedimiento, incluido el conciliador, no invocará ni presentará pruebas, ni rendirá testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con:

a) La invitación de una parte a recurrir a la conciliación o el hecho de que una parte esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio;

b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;

c) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

d) Las propuestas presentadas por el conciliador;

e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;

f) Todo documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.

2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable con independencia de la forma que revista la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.

3. El tribunal arbitral, judicial o cualquier otra autoridad pública competente no podrán revelar la información a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo y, en caso de presentarse esa información como prueba en contravención del párrafo 1 del presente artículo, esta prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la ley o en que sea necesario para los fines de ejecución o cumplimiento de un acuerdo de transacción.

4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo serán aplicables independientemente de si el procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiere a la controversia que sea o que haya sido objeto del procedimiento conciliatorio.

5. A reserva de las limitaciones enunciadas en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral o judicial dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

Artículo 12. Conclusión de la conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por concluido:

a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;

b) Al efectuar el conciliador o el grupo de conciliadores, previa consulta con las partes, una declaración por escrito en la que se haga constar que ya no ha lugar a que prosigan los esfuerzos de conciliación, en la fecha de tal declaración;

c) Al dirigir las partes al conciliador o al grupo de conciliadores una declaración por escrito en la que hagan constar que dan por concluido el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o

d) Al dirigir una parte a la otra y al conciliador o al grupo de conciliadores, si se ha designado un conciliador o un grupo de conciliadores, una declaración por escrito en la que dé por concluido el procedimiento conciliatorio, en la fecha de tal declaración.

Artículo 13. El conciliador como árbitro

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o de cualquier contrato conexo.

Artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

1. Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, durante cierto plazo o mientras no se haya producido cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con respecto a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o judicial dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo que en él se estipulado.

2. No obstante, una parte podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial cuando, a su entender, considere que ese procedimiento es necesario para salvaguardar sus derechos. La apertura de tal procedimiento no supondrá, de por sí, que se renuncie al acuerdo de recurrir a un procedimiento de conciliación ni que se dé por concluido dicho procedimiento.

Artículo 15. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción[4]

Si las partes conciertan y firman un acuerdo por el que se resuelva la controversia, ese acuerdo de transacción será vinculante y ejecutorio ... [*cada Estado promulgante insertará aquí una descripción del método para ejecutar los acuerdos de transacción o se remitirá a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad*].

[4] Al aplicar el procedimiento para dar ejecutoriedad a un acuerdo de transacción, el Estado promulgante podrá considerar la posibilidad de que dicho procedimiento sea imperativo.

B. Documento de trabajo sobre el arreglo de controversias comerciales: disposiciones legales modelo sobre la conciliación comercial internacional - presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 35º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.115) [Original: inglés]

Índice

Página

I. Introducción 121

II. Artículos revisados de disposiciones legales modelo sobre la conciliación comercial internacional . . 123

Artículo 1. Ámbito de aplicación 123
Artículo 2. Conciliación 125
Artículo 3. Conciliación internacional 127
Artículo 4. Modificación mediante acuerdo 128
Artículo 5. Inicio del procedimiento de conciliación 129
Artículo 6. Número de conciliadores 130
Artículo 7. Designación de los conciliadores 130
Artículo 8. Sustanciación de la conciliación 131
Artículo 9. Comunicaciones entre el conciliador y las partes 133
Artículo 10. Revelación de la información recibida 133
Artículo 11. Conclusión de la conciliación 134
Artículo 12. Plazo de prescripción 135
Artículo 13. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos 136
Artículo 14. Función del conciliador en otros procedimientos. 138
Artículo 15. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales 139
Artículo 16. Actuación del árbitro como conciliador 141
Artículo 17. Ejecutoriedad de la transacción 142

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tuvo a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Aprovechando la ocasión para examinar si sería conveniente o factible ampliar el derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en general que había llegado el momento de estudiar la amplia y útil experiencia que habían adquirido los Estados en la incorporación a su derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), así como el modo en que se habían aplicado el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y también de evaluar en el foro universal de la Comisión la posibilidad de que los Estados aceptaran ideas y propuestas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas de arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios de que debería ocuparse el Grupo de Trabajo fueran la conciliación[2], el requisito de forma escrita del acuerdo de arbitraje[3], la ejecutabilidad de las medidas cautelares[4] y la posible ejecutabilidad de un laudo rechazado por el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje relativo a la labor de su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota con satisfacción del informe y reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo, que debía decidir el momento y la forma en que había de tratar, en su futura labor, los temas que se le habían asignado. En varias declaraciones se pidió al Grupo de Trabajo que, al decidir las prioridades de los futuros temas de su programa, prestara particular atención a lo que resultara factible y práctico y al problema que podría plantearse cuando las decisiones judiciales crearan situaciones de incertidumbre jurídica o no dirimieran satisfactoriamente los problemas. Algunos de los temas que en los debates de la Comisión se consideraron de interés, además de los que el Grupo de Trabajo determinara, eran el significado y el efecto de la disposición sobre el derecho más favorable, que figuraba en el artículo VII de la Convención de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, párr. 109 k)); la presentación de demandas en procedimientos de arbitraje a efectos de obtener compensación y la competencia del tribunal arbitral para dirimir esas demandas (párr. 107 g)); la libertad de las partes para estar representadas en procedimientos arbitrales por personas elegidas por dichas partes (párr. 108 c)); el margen de poder discrecional para dar ejecutoriedad a un laudo aunque se diera uno de los supuestos enumerados en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 que preveía que el laudo quedaría sin efecto (párr. 109 i)); y la facultad del tribunal arbitral para decidir el

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párrs. 340 a 343.
[3] Ibíd., párrs. 344 a 350.
[4] Ibíd., párrs. 371 a 373.
[5] Ibíd., párrs. 374 y 375.

pago de intereses (párr. 107 j)). La Comisión se declaró satisfecha por la idea de que, en los casos de arbitraje electrónico (es decir, aquellos en que una parte importante o la totalidad de los procedimientos arbitrales se realizan por medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperara con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Con respecto a la posible ejecutoriedad de laudos rechazados en el Estado de origen (párr. 107 m)), se opinó que probablemente esta cuestión no plantearía muchos problemas y que la jurisprudencia que había dado origen al problema no parecía reflejar una tendencia general[6].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y Corr.1 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos que había realizado hasta la fecha en tres de los principales temas tratados, a saber, el requisito de forma escrita para el acuerdo de arbitraje, el problema de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre la conciliación.

5. Con respecto a la conciliación, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado los artículos 1 a 16 del proyecto de disposiciones legales modelo (A/CN.9/WG.II/WP.113 /Add.1 y Corr.1). Se consideró en general que el Grupo de Trabajo debería poder ultimar este proyecto de disposiciones en su siguiente período de sesiones. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que siguiera ocupándose prioritariamente de estas disposiciones a fin de que el instrumento final, redactado en forma de proyecto de ley modelo, pudiera someterse al examen y a la aprobación de la Comisión en su 35º período de sesiones, en 2002[7].

6. Al término de su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara esos proyectos de artículo teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en ese período de sesiones a fin de que pudiera examinarlo en su siguiente período de sesiones (A/CN.9/487, párr. 20). A continuación se presenta un proyecto revisado de disposiciones legales modelo sobre la conciliación.

---

[6] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.

[7] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 315.

II. Artículos revisados de disposiciones legales modelo sobre la conciliación comercial internacional

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1.[1] Las presentes disposiciones legales modelo se aplicarán a la conciliación comercial internacional*, definida en los artículos 2 y 3,

a) Cuando las partes hayan acordado o, a falta de tal acuerdo, hayan determinado con la asistencia del conciliador o de un grupo de conciliadores, un lugar de conciliación que se encuentre en territorio del Estado; o[2]

b) Cuando el lugar de conciliación no haya sido acordado ni determinado con arreglo a lo dispuesto en el apartado a)[3], se considerará que ese lugar se encuentra en territorio del Estado si alguno de los lugares siguientes se halla en él: la sede de la institución que administre el procedimiento de conciliación; el lugar de residencia del conciliador o los establecimientos de las partes, si ambas partes tienen su establecimiento en un mismo país.

2. Las presentes disposiciones legales modelo serán también aplicables a toda conciliación comercial que no sea internacional conforme a la definición del artículo 3, cuando las partes hayan acordado [expresamente] que las disposiciones legales modelo sean aplicables a dicha conciliación.[4]

---

* Debe darse una interpretación amplia al término “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

Observaciones

1. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo expresó la opinión de que el factor territorial debería figurar como primer factor a tener en cuenta al determinar la aplicabilidad del proyecto de disposiciones legales. Esta reestructuración del texto tenía la finalidad de aclarar que la regla de la territorialidad era la disposición supletoria en virtud de la cual las disposiciones resultaban aplicables por defecto cuando no se cumplieran las condiciones del párrafo 1, como el carácter internacional de la conciliación o la existencia de un acuerdo entre las partes con arreglo al cual éstas se acogieran al régimen jurídico de las disposiciones legales modelo (véase A/CN.9/487, párr. 91).

2. A fin de que hubiera una mayor certeza sobre si las disposiciones legales modelo eran aplicables, el Grupo de Trabajo acordó agregar al párrafo 1) una disposición en virtud de la cual las partes serían libres de acordar el lugar de la conciliación y, de no haber tal acuerdo, correspondería al conciliador o al grupo de conciliadores determinar dicho lugar (véase A/CN.9/487, párr. 92, y A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota de pie de página 2). El nuevo párrafo sigue el enunciado propuesto en el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo.

3. El Grupo de Trabajo convino en que el artículo 1 debía regular los casos en que no se hubiera acordado ni determinado el lugar de la conciliación o en que, por otras razones, no fuera posible establecer dicho lugar. Entre los posibles criterios sugeridos para la aplicabilidad de las disposiciones legales modelo cabría citar, por ejemplo, el criterio del lugar de la sede de la institución que administre el procedimiento de conciliación, el del lugar de residencia del conciliador, o el del lugar del establecimiento de las partes si ambas lo tenían en el mismo país (véase A/CN.9/487, párr. 93).

4. El Grupo de Trabajo examinó en su 34º período de sesiones, en el contexto del proyecto de artículo 3, la cuestión de la posibilidad de que las partes se acogieran al régimen de las disposiciones legales modelo (véase A/CN.9/487, párrs. 107 a 109). Se acordó que en el texto de la disposición se emplearan palabras como “las partes hayan acordado [expresamente] que las presentes disposiciones legales modelo sean aplicables”. Se considera que sería más apropiado que esta disposición, en vez de figurar en el proyecto de artículo 3, figurara en el proyecto de artículo 1, en el que se define el alcance de las disposiciones legales modelo.

> 3. Los artículos ... serán también aplicables cuando el lugar de la conciliación no se encuentre en el territorio de este Estado[5].
>
> 4. Las presentes disposiciones legales modelo serán aplicables independientemente de si la conciliación se entabla a instancia de una de las partes después de surgir la controversia, conforme a un acuerdo concertado anteriormente por las partes, o a raíz de las instrucciones o [del requerimiento] [de la invitación] de un tribunal o de una entidad pública competente[6].

Observaciones

5. La finalidad del párrafo 3 es indicar si determinadas disposiciones (como las referentes a la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos, al papel del conciliador en otros procedimientos o al plazo de prescripción) deberían surtir efecto en el Estado promulgante, aun cuando el procedimiento de conciliación tuviera lugar en otro país y, por lo tanto, no se rigiera de modo general por la ley del Estado promulgante (véanse A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 120 y 134, y A/CN.9/487, párr. 94). El Grupo de Trabajo convino en seguir examinando las cuestiones reguladas en el párrafo 3) teniendo en cuenta las decisiones que se adopten ulteriormente con respecto a los proyectos de artículo 12 a 15.

6. El párrafo 4 se ha modificado para tomar en consideración el hecho de que toda conciliación se basa en un consenso entre las partes. La iniciativa de una sola parte no sería suficiente para poner en marcha un proceso consensuado, puesto que la otra parte debería, por lo menos, estar de acuerdo con esa iniciativa (véase A/CN.9/487, párr. 95). Si bien se tomaba nota de que en algunos países era

inconcebible que se emprendiera un procedimiento de conciliación a raíz de "instrucciones" del tribunal, el Grupo de Trabajo convino en general en que las disposiciones legales modelo deberían ser aplicables a esos casos de conciliación imperativa, dado que, según la legislación de algunos países, para iniciar pleitos era indispensable haber recurrido previamente a la conciliación (véase A/CN.9/487, párr. 96). El enunciado de este párrafo se ha modificado con objeto de regular tres posibles situaciones: a) la situación en que se hubiera concertado un acuerdo antes de que surgiera la controversia (por ejemplo, cuando en un contrato hubiera una cláusula general en virtud de la cual las eventuales controversias debieran dirimirse mediante conciliación); b) la situación en que las partes acordaran recurrir a la conciliación después de que surgiera entre ellas la controversia); y c) la situación en que un tribunal judicial o arbitral o una entidad administrativa obligaran a las partes a recurrir a la conciliación o les sugirieran optar por esa vía.

5. Las presentes disposiciones legales modelo no serán aplicables a los casos en que:

a) Un juez o un árbitro ponga en marcha, en el curso del procedimiento del que entienda, un proceso de conciliación; y

b) [...][7].

Observación

7. El Grupo de Trabajo consideró aceptable en general que en el texto del artículo figurara una disposición en virtud de la cual los Estados promulgantes pudieran excluir la aplicación de las disposiciones legales modelo en determinadas situaciones (véase A/CN.9/487, párr. 98). El Grupo de Trabajo convino en que la guía para la incorporación al derecho interno podría especificar y explicar las situaciones en que tal vez los legisladores excluyeran excepcionalmente la aplicación de las mencionadas disposiciones. A fin de evitar que las disposiciones legales modelo entraran en conflicto con el derecho procesal vigente, se ha agregado al texto del párrafo 5) un apartado a) en el que se excluyen del ámbito de aplicación de las disposiciones las situaciones en que un juez o un árbitro que se ocupara de una determinada controversia llevara a cabo al mismo tiempo un procedimiento de conciliación, ya fuera a petición de las partes litigantes o en virtud de las prerrogativas o del poder discrecional del juez o del árbitro (véase A/CN.9/487, párr. 103). Los Estados promulgantes podrían también excluir temas como las relaciones de negociación colectiva entre empleadores y empleados (véase A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota de pie de página 5).

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485, párrs. 111 a 116
A/CN.9/487, párrs. 88 a 99
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 87, 88 y 90
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota de pie de página 5

Artículo 2. Conciliación[8]

Para los fines de las presentes disposiciones legales modelo, se entenderá por "conciliación" todo proceso, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente[9], en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les preste asistencia[de forma independiente e imparcial][10] [y sin poder para imponer a las partes una decisión vinculante][11] en su amigable tentativa de llegar a un arreglo de una controversia nacida de un contrato u otra relación jurídica o que esté de algún modo vinculada a dicho contrato o relación.

Observaciones

8. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo recordó que el proyecto de artículo 2 tenía la finalidad de enumerar los elementos para una definición de la conciliación, teniendo en cuenta el acuerdo entre las partes, la existencia de una controversia, la intención de las partes de resolver amigablemente la controversia y la participación de un tercero independiente o de un grupo independiente de personas que ayudaran a las partes a llegar a un acuerdo amigable. Se recordó que estos elementos eran los que diferenciaban la conciliación del arbitraje, por un lado, y de las simples negociaciones (ya sea entre las partes o entre representantes de las partes), por otro (véase A.CN.9/487, párr. 101).

9. En el Grupo de Trabajo se apoyó la idea de mantener en el texto las palabras "designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente". El Grupo de Trabajo observó que en la práctica se podían utilizar diferentes estilos y técnicas procesales para facilitar la solución de las controversias y que podían emplearse distintas expresiones para referirse a esos estilos y técnicas; el Grupo de Trabajo acordó que en las disposiciones legales modelo tuvieran cabida todos los estilos y técnicas procesales (véase A/CN.9/487, párr. 104).

10. El Grupo de Trabajo acordó aplazar hasta su 35º período de sesiones la decisión de si las palabras "de forma independiente e imparcial" eran necesarias para definir el concepto de conciliación. Un delegado sugirió que se omitieran esas palabras, pues, a su entender, podían introducir un elemento subjetivo en la definición de la conciliación y podían interpretarse en el sentido de que establecían un requisito legal cuya violación tendría consecuencias que trascenderían el ámbito de las disposiciones legales modelo y que incluso podrían llegar a considerarse un criterio para determinar la aplicabilidad de dichas disposiciones. Otro delegado opinó, en cambio, que era conveniente mantener esas palabras en el texto del artículo ya que ponían de relieve la naturaleza de la conciliación. El Grupo de Trabajo decidió dejar las palabras entre corchetes (véase A/CN.9/487, párr. 102).

11. Con las palabras "y sin poder para imponer a las partes una decisión vinculante", que figuraban entre corchetes, se pretendía tener en cuenta la sugerencia hecha en el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo de que el proyecto de artículo 2 aclarara que el conciliador era una persona no facultada para imponer decisiones vinculantes a las partes (véase A/CN.9/487, párr. 103).

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/460, párrs. 8 a 10
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 108, 109 y notas 7 y 8 de pie de página
A/CN.9/487, párrs. 100 a 104
A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 11
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1

Artículo 3. Conciliación internacional[12]

1. Una conciliación es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tienen, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en donde las partes tengan sus establecimientos:

i) El lugar de la conciliación; o

ii) Cualquier lugar en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial o el lugar que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia;[13]

Observaciones

12. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que las disposiciones legales modelo tendrían una mayor aceptación si no entraban en conflicto con los procedimientos nacionales de conciliación y, por consiguiente, convino en que, a reserva de que las partes celebraran un acuerdo para acogerse al régimen legal enunciado en las disposiciones legales modelo, el instrumento debería limitarse a regular la conciliación internacional (véase A/CN.9/487, párr. 106).

2. A los efectos del presente artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, se tendrá por su establecimiento el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Si una parte carece de establecimiento, se tendrá en cuenta el lugar de su residencia habitual.

13. En el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que debería revisarse el anterior proyecto de párrafo 1 c) (“o si las partes han convenido [expresamente] en que la cuestión objeto del acuerdo de conciliación está relacionada con más de un Estado”) por estimarse inapropiado combinar en un único párrafo criterios objetivos como el lugar de la conciliación con un elemento subjetivo como la existencia de un acuerdo entre las partes para acogerse al régimen legal enunciado en las disposiciones legales modelo. Se consideró que si las partes deseaban acogerse a ese régimen, deberían poder hacerlo directamente en virtud de una disposición

pertinente enunciada en el artículo 1 y no ateniéndose al criterio ficticio de la ubicación del objeto de la controversia. Otro delegado sostuvo, por el contrario, que tal disposición de adhesión podía figurar en la definición de "internacional", como se había hecho en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Tras un debate, predominó la opinión de que el enunciado del texto debía ser del siguiente tenor: "o si las partes han acordado [expresamente] que las presentes disposiciones legales modelo serán aplicables". Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado en el que figuraran estas palabras y que lo insertara en un lugar adecuado del proyecto de disposiciones legales modelo (véase A/CN.9/487, párrs. 107 a 109). Esta disposición figura actualmente como párrafo 2 del proyecto de artículo 1.

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 117 a 120
A/CN.9/487, párrs. 105 a 109
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 89
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1

Artículo 4. Modificación mediante acuerdo

De no disponerse otra cosa en las presentes disposiciones legales modelo, las partes podrán convenir en excluir cualquiera de ellas o en modificar su efecto [14].

Observación

14. El texto del proyecto de artículo 4 es el que figuraba en el último párrafo del proyecto de artículo 1 (véase A/CN.487, párr. 99). Al convertir el párrafo en proyecto de artículo se ha querido poner de relieve la importancia que se da en las disposiciones legales modelo al principio de la autonomía de las partes. Este cambio de redacción tiene también la finalidad de ajustar más las disposiciones legales modelo a otros instrumentos de la CNUDMI (por ejemplo, al artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, al artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y al artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas). Para alinear aun más el enunciado del proyecto de artículo 4 al de estos instrumentos existentes, convendría darle el siguiente tenor: "Las partes podrán establecer excepciones a las presentes disposiciones legales modelo o modificar sus efectos mediante acuerdo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable". Una vez enunciado en un artículo el principio de la autonomía de las partes, tal vez ya no resulte tan necesario repetir ese principio en el contexto de varias disposiciones legales del proyecto que examina el Grupo de Trabajo.

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 112
A/CN.9/487, párr. 99

A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 87
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota de pie de página 6

Artículo 5. Inicio del procedimiento de conciliación

1. El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden entablar ese procedimiento [15].

2. Si una parte que invitó a la otra a entablar un procedimiento de conciliación no recibe respuesta de esta última en un plazo de [14] días a partir de la fecha en que se envió la invitación o en cualquier otro plazo especificado en la invitación, esa parte podrá considerar que la otra ha rechazado su oferta de conciliación[16] [17].

Observaciones

15. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó que el párrafo 1 del presente artículo se armonizara con el párrafo 3 del proyecto de artículo 1 para tener en cuenta la posibilidad de que el procedimiento de conciliación se iniciara a raíz de instrucciones o a instancia de un órgano de solución de controversias, como un tribunal judicial o arbitral (véase A/CN.9/487, párr. 111). La referencia general al "día en que las partes acuerden entablar ese procedimiento" parece abarcar los distintos métodos por los cuales las partes pueden convenir en entablar un procedimiento de conciliación. Entre esos métodos puede figurar, por ejemplo, la aceptación por una de las partes de una invitación a conciliación efectuada por la otra, o la aceptación por ambas partes de una directriz o sugerencia judicial de recurrir a tal procedimiento. Tal vez convenga especificar estos ejemplos en la guía para la incorporación al derecho interno.

16. El Grupo de Trabajo rechazó la sugerencia de que el plazo empezara a correr a partir del día en que se recibiera la invitación a conciliación porque la disposición arriba enunciada se basaba en el párrafo 4 del artículo 2 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI y era conveniente mantener la armonía entre ambos textos (véase A/CN.9/487, párr. 112). No obstante, se convino en reducir el plazo de 30 días a dos semanas, habida cuenta de que cada vez se estaban utilizando medios más modernos de comunicación (véase A/CN.9/487, párrs. 112 y 113). El Grupo de Trabajo observó que, como el párrafo 2 no se ocupaba del inicio del procedimiento de conciliación, podría insertarse en alguna otra disposición legal modelo del proyecto examinado (véase A/CN.9/487, párr. 115). El Grupo de Trabajo señaló asimismo que la decisión final sobre si se mantenía o no el proyecto de artículo y sobre su contenido preciso habría de adoptarse una vez que el Grupo de Trabajo hubiera examinado en particular el proyecto de artículo 12 y posiblemente también el proyecto de artículo 11 (véase A/CN.9/487, párr. 115).

17. Se sugirió al Grupo de Trabajo que el proyecto de artículo 5 regulara el supuesto de que, tras haber hecho una invitación a conciliación, una parte retirara su propuesta (véase A/CN.9/487, párr. 114). No se ha agregado al texto del proyecto de artículo 5 ninguna disposición concreta en virtud de la cual la parte que propusiera la conciliación pudiera retirar su invitación a recurrir a tal procedimiento mientras la otra parte no hubiera aceptado la invitación, porque se había querido evitar regular

las condiciones en que pudiera retirarse una invitación o aceptación de conciliación que pudiera entrar en conflicto con el régimen legal de la formación de contratos. Se considera que probablemente sería superfluo regular específicamente la retirada de una invitación a conciliación, habida cuenta de que, en virtud del apartado d) del proyecto de artículo 11, ambas partes disponían ya de la posibilidad de poner fin en cualquier momento al procedimiento de conciliación.

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 127 a 132
A/CN.9/487, párrs. 110 a 115
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 95 y 96
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 11 y 12 de pie de página

Artículo 6. Número de conciliadores

El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber un grupo de conciliadores[18].

Observación

18. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo se manifestó de acuerdo con el contenido del proyecto de artículo 6 (véase A/CN.9/487, párr. 117).

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 116 y 117
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 13 de pie de página

Artículo 7. Designación de los conciliadores

1. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto un único conciliador, las partes se esforzarán en ponerse de acuerdo para designar a ese conciliador.

2. En todo procedimiento conciliatorio que tengan previsto dos conciliadores, cada una de las partes nombrará uno[19].

3. En todo procedimiento conciliatorio con tres o más conciliadores, cada una de las partes nombrará uno. Las partes procurarán ponerse de acuerdo para la designación de los demás conciliadores.

4. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona apropiada para la designación de los conciliadores. En particular:

a) Toda parte podrá solicitar a tal institución o persona que le recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliadores; o

b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.

5. Al hacer recomendaciones o al designar a personas para el cargo de conciliador, esa institución o persona se dejará guiar por consideraciones que sean conducentes al nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta que la de las partes.

Observación

19. Si bien en el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que cada conciliador debiera contar con el beneplácito de ambas partes, predominó la opinión de que la solución recogida en el texto actual era más práctica, permitía iniciar con rapidez el procedimiento conciliatorio y podría realmente propiciar un arreglo, puesto que si cada parte nombraba un conciliador, el grupo de conciliadores, con su actuación independiente e imparcial, estaría en mejores condiciones de aclarar las posiciones de las partes y habría, por tanto, mayores posibilidades de llegar a un arreglo (véase A/CN.9/487, párr. 119).

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 118 y 119
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 14 de pie de página

Artículo 8. Sustanciación de la conciliación

1. Las partes gozarán de autonomía para determinar, por remisión a algún reglamento uniforme de la conciliación o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación[20].

2. De no llegarse a un acuerdo sobre la forma en que deberá sustanciarse la conciliación, el conciliador o el grupo de conciliadores podrán sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estimen adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los eventuales [pareceres] [expectativas] [propósitos] [deseos] que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia[21].

Observaciones

20. En el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo, una amplia mayoría de delegados se declaró partidaria de redactar el párrafo 1 siguiendo la pauta del artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y de subrayar que las partes gozaban de autonomía para acordar la manera en que debía sustanciarse la conciliación. Se aprobó la expresión “[, por remisión a algún reglamento uniforme de la conciliación o por cualquier otra vía,]”, que figuraba entre corchetes, pero suprimiendo la palabra “uniforme”. No recibió apoyo la propuesta de suprimir el párrafo 1 y de establecer en el párrafo 2 que el conciliador estuviese facultado para decidir la forma en que debía sustanciarse el procedimiento conciliatorio (véase A/CN.9/487, párr. 121).

21. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que la palabra “deseos” no aparecía habitualmente en disposiciones jurídicas, pero señaló que, considerando que este término se utilizaba en el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, podría seguir figurando en el texto, a menos que se encontrara un término más satisfactorio (A/CN.9/487, párr. 122). En el presente proyecto de párrafo 2 se sugieren, como posible opciones los términos “pareceres”, “expectativas” y “propósitos”, con miras a lograr un enunciado más objetivo.

> 3. El conciliador deberá inspirarse en los principios de [objetividad, equidad y justicia] [objetividad, imparcialidad e independencia] y procurará tratar a las partes con equidad[22].
>
> 4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia[23].

Observaciones

22. En el Grupo de Trabajo se expresó cierta inquietud por la propuesta de enunciar una declaración general de principios en las disposiciones legales modelo. Se argumentó que, al fijar una pauta para evaluar la actuación de los conciliadores, la primera frase del párrafo 3 podría de hecho incitar a las partes a solicitar la anulación del arreglo de la controversia impugnando el proceso conciliatorio ante un tribunal. Por consiguiente, se sugirió que la declaración de principios figurara en la guía para la incorporación al derecho interno. No obstante, prevaleció la opinión de que era preferible mantener esos principios rectores en el cuerpo de las disposiciones legales para guiar el procedimiento conciliatorio y orientar a los conciliadores menos experimentados. En el párrafo 3 se proponen dos variantes. La primera variante es fruto de la decisión del Grupo de Trabajo de mantener como opción las palabras “objetividad, equidad y justicia” (véase A/CN.9/487, párr. 125). La segunda variante refleja el parecer de que, en vez de utilizar las palabras “equidad y justicia”, era preferible emplear los términos “imparcialidad e independencia”, porque las palabras “equidad y justicia” connotaban la función de una autoridad facultada para adoptar decisiones (como sería un juez o un árbitro), función que no es la que corresponde a la del conciliador; además, la utilización en inglés de la palabra “fairness” podría plantear problemas de traducción. El proyecto de párrafo 3 refleja también el principio de la igualdad con la que el conciliador debe tratar a ambas partes (ibíd., párr. 129). El Grupo de Trabajo decidió asimismo que sería más adecuado que la segunda frase del anterior proyecto de párrafo 3 (“A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador podrá tener en cuenta, entre otras cosas, los derechos y las obligaciones de las partes, los usos del tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso cualesquiera prácticas establecidas entre las partes”) figurara en la guía para la incorporación al derecho interno, pues en dicha frase se abordaban elementos que debían tenerse en cuenta al formular el acuerdo de conciliación (ibíd., párr. 126).

23. Si bien se manifestaron ciertas dudas acerca de la utilidad del párrafo 4), el Grupo de Trabajo convino en mantenerlo en el texto del proyecto (ibíd., párr. 127).

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 56 a 59
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 121 a 125
A/CN.9/487, párrs. 120 a 127
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 61 y 62
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 91 y 92
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 15 a 18

Artículo 9. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas [24].

Observación

24. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo 9. Si bien se aceptó la idea de que las disposiciones legales modelo reflejaran el principio de que el conciliador dispensara el mismo trato a ambas partes, el Grupo de Trabajo se opuso a que se insertara una regla formal de esta índole en el proyecto de artículo 8 (véase A/CN.9/487, párr. 129). La idea general de que ambas partes deben recibir idéntico trato ya se ha plasmado en el proyecto de artículo 8.

Referencias anteriores a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 54 y 55
A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 126
A/CN.9/487, párrs. 128 y 129
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 56 y 57
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 93
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 19

Artículo 10. Revelación de la información recibida

Si el conciliador o el grupo de conciliadores recibe de una de las partes información relativa a la controversia, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. Sin embargo, el conciliador o el grupo de conciliadores no podrá revelar la información que reciba de una de las partes, si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial[25].

Observación

25. De las dos variantes examinadas en el anterior período de sesiones (A/CN.9/487, párr. 130) se ha preferido la primera, por considerarse que era más idónea para garantizar la transmisión de información entre los diversos participantes en el proceso de conciliación. Se acordó que la disposición sobre la confidencialidad fuera aplicable en todos los casos, aun cuando no mediara un acuerdo concreto de las partes. En consecuencia, se han suprimido las palabras “las

partes tendrán libertad para acordar otra cosa y decidir que" (ibíd., párr. 132). Se rechazó la propuesta de sustituir la palabra "información" por la expresión "información de hechos" por estimarse que era preferible emplear la primera palabra, ya que abarcaba toda la información pertinente; de lo contrario, podrían surgir dificultades a la hora de interpretar el concepto de información "de hechos". En la guía para la incorporación al derecho interno debería puntualizarse que el término "información" debía entenderse referido también a las comunicaciones realizadas antes de que se iniciara de hecho el procedimiento de conciliación.

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 54 y 55
A/CN.9/487, párrs. 130 a 134
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 58 a 60
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 20 y 21

Artículo 11. Conclusión de la conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por concluido:

a) Al concertar [26] las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;

b) Al efectuar el conciliador o el grupo de conciliadores[27] , previa consulta con las partes, una declaración por escrito en la que se haga constar que ya no ha lugar a que prosigan los esfuerzos de conciliación, tras la fecha de tal declaración;

c) Al dirigir las partes al conciliador una declaración por escrito en la que hagan constar que dan por concluido el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o

d) Al dirigir una parte a la otra y al conciliador, si éste ha sido designado, una declaración por escrito en la que dé por concluido el procedimiento conciliatorio, en la fecha de tal declaración.

Observaciones

26. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió sustituir el concepto de "firma" por el de "concertación" para tener más en cuenta las operaciones de comercio electrónico (A/CN.9/487, párr. 136; véase también A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 23 de pie de página).

27. Se expresó la opinión de que en el apartado b) tal vez debería regularse la situación en que el procedimiento conciliatorio fuera sustanciado por un grupo de conciliadores pero sólo uno o varios de los miembros del grupo declararan concluido el procedimiento (ibíd., párr. 136). El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si las disposiciones legales modelo deben prever que, cuando haya más de un conciliador, los miembros del grupo de conciliadores deban actuar de consuno y que la declaración de conclusión del procedimiento sólo pueda adoptarse por unanimidad. A este respecto, cabe recordar que el artículo 3 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI dispone lo siguiente: "Cuando haya más de un

conciliador deberán, por regla general, actuar de consuno". Es evidente que esta disposición está enunciada en términos que denotan una recomendación, y no una obligación. Otra razón por la cual las disposiciones legales modelo no deberían tratar de imponer la actuación de consuno de los conciliadores es la diversidad de situaciones procesales en que los conciliadores podrían intervenir para poner fin al procedimiento. Según las normas procesales que siguieran las partes y el grupo, la decisión podría adoptarse por consenso de todos los miembros del grupo, pero también por el presidente del grupo o delegando el grupo esta función a uno de sus miembros. El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si sería conveniente que las disposiciones legales modelo entraran en tantos detalles de procedimiento.

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 133
A/CN.9/487, párrs. 135 y 136
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 22 y 23

Artículo 12. Plazo de prescripción

[1. Cuando se inicie el procedimiento de conciliación, dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.

2. Cuando el procedimiento de conciliación haya concluido sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción empezará a correr de nuevo a partir del momento en que se haya concluido sin arreglo el procedimiento de conciliación.][28]

Observación

28. A pesar de la fuerte oposición al mantenimiento del proyecto de artículo 12 (véase A/CN.9/487, párr. 138), el Grupo de Trabajo decidió, en su 34º período de sesiones, mantener provisionalmente el texto de ese artículo en el proyecto para seguir examinándolo ulteriormente. Un delegado preguntó si en virtud de este proyecto de artículo el plazo de prescripción quedaría interrumpido o simplemente suspendido. En este contexto, cabe recordar que, en su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que había sobre todo tres maneras en que el procedimiento de conciliación podía afectar el plazo de prescripción. Una de las posibilidades consistiría en que, tras su interrupción por el inicio del procedimiento conciliatorio, el plazo de prescripción empezara a correr de nuevo sin contar el tiempo transcurrido antes de tal interrupción. La segunda posibilidad consistiría en que, cuando no se llegara a un arreglo conciliatorio, se considerara que el plazo de prescripción había seguido corriendo como si no hubiera habido ningún procedimiento de conciliación. En caso de adoptarse esta variante, podría ser necesario conceder un plazo suplementario de gracia si entretanto el plazo de prescripción hubiera expirado o estuviera a punto de expirar. Esta opción se reflejaba en el proyecto de disposición que examinaba el Grupo de Trabajo, basado en el artículo 17 de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974). La tercera variante consistiría en que durante el período del procedimiento conciliatorio dejara de correr el plazo de prescripción y que empezara a correr de nuevo a partir del momento en que el

procedimiento concluyera infructuosamente. De estas tres opciones, la que recibió un apoyo considerable fue la última (asimilada también a la situación en que se para el reloj en una partida de ajedrez o que se denomina, en algunos ordenamientos jurídicos, solución de "suspensión") (véase A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 138).

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 50 a 53
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 133 a 138
A/CN.9/487, párrs. 137 y 138
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 53 a 55
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 24

Artículo 13. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos[29]

1. [A menos que las partes acuerden otra cosa,] la parte que participe en un procedimiento conciliatorio o un tercero[30] no invocará ni presentará como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, guarde o no relación este procedimiento con la controversia que sea o haya sido[31] objeto del procedimiento de conciliación[32]:

a) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia[33];

b) Las declaraciones[34] efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

Observaciones

29. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo apoyó de forma general la finalidad con que se había redactado el proyecto de artículo 13, que era alentar deliberaciones francas y sinceras en la conciliación prohibiendo la utilización, en todo procedimiento ulterior, del tipo de pruebas especificado en el párrafo 1 (véase A/CN.9/487, párr. 140).

30. Recibió amplio apoyo la propuesta de mantener las palabras "o un tercero", dada la necesidad de asegurar que el párrafo 1 obligara también a otras personas que no fueran partes en el procedimiento conciliatorio pero que participaran en él (por ejemplo, los testigos o peritos). No obstante, se expresaron dudas sobre si era conveniente que el párrafo 1 obligara a un tercero, en particular teniendo en cuenta que con las palabras "a menos que las partes acuerden otra cosa" se daba cierto margen a las partes para determinar hasta qué punto los terceros quedaban obligados (ibíd., párr. 140). El Grupo de Trabajo tal vez desee adoptar una decisión definitiva al respecto. Cabe señalar también que las palabras "o un tercero" parecían englobar también al conciliador. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería conveniente supeditar el proyecto de artículo 13 al proyecto de artículo 14 (véase más adelante la observación 39).

31. El Grupo de Trabajo señaló que podía darse el caso de que el procedimiento de conciliación aún no hubiera concluido cuando fuera aplicable el párrafo 1 (ibíd.,

párr 140). A fin de regular esta situación, se ha completado el párrafo con las palabras “que sea o que haya sido” objeto del procedimiento de conciliación.

32. El Grupo de Trabajo apoyó la sugerencia de que cuando el tipo de información que se menciona en el párrafo 1 se hubiera generado antes y en previsión del procedimiento conciliatorio, esa información debería regirse también por el proyecto de artículo (ibíd., párr. 140). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar a fondo las posibles repercusiones de esta sugerencia. En particular, convendría definir el concepto de “información generada antes y en previsión del procedimiento conciliatorio”, a fin de no introducir en el texto una excepción demasiado amplia y vaga que limitara la aplicación de normas procesales ya arraigadas.

33. Se sugirió que se diera al texto un mayor equilibrio, a la hora de distinguir entre las pruebas que quedarían sujetas a la disposición y las pruebas que quedarían fuera de su ámbito de aplicación, suprimiendo las palabras “cuestiones objeto de controversia o” y sustituyendo las palabras “hechos que haya reconocido una de las partes” por las palabras “declaraciones efectuadas o hechos reconocidos por alguna de las partes” y dejando en su forma actual el enunciado del párrafo 4 (véase A/CN.9/487, párr. 141).

34. Véase la observación anterior.

c) Las propuestas presentadas por el conciliador;

d) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador.

2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable con independencia de [la forma que revista la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo] [que la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo sean orales o escritas][35].

3. [Independientemente de si el procedimiento arbitral o judicial guarda o no relación con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio], el tribunal arbitral o judicial no ordenará la divulgación de la información a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo [, a menos que la ley por la que se rija el procedimiento arbitral o judicial permita o exija dicha divulgación].

4. Cuando se hayan presentado pruebas en contravención del párrafo 1 del presente artículo, el tribunal arbitral o judicial tendrá dichas pruebas por inadmisibles.

5. Ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral o judicial dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

Observación

35. Se ha insertado en el artículo un nuevo párrafo 2 para reflejar el acuerdo a que había llegado el Grupo de Trabajo de que, para evitar dudas sobre si la disposición se refería a pruebas orales o escritas, la disposición puntualizara que el proyecto de artículo era aplicable a toda información o prueba, independientemente de la forma que revistiera (véase A/CN.9/487, párr. 141)

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/460, párrs. 11 a 13
A/CN.9/468, párrs. 22 a 30
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 139 a 146
A/CN.9/487, párrs. 139 a 141
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 18 a 28
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 99 y 100
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 25 a 32

Artículo 14. Función del conciliador en otros procedimientos

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro, ni como representante o letrado defensor de una parte, en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio.

2. No se admitirán pruebas presentadas por el conciliador[36] acerca de las cuestiones[37] a que se refiere el párrafo 1) del artículo 12 o acerca de la conducta de cualquiera de las partes durante el procedimiento de conciliación[38] en ningún procedimiento arbitral o judicial [con independencia de que dicho procedimiento arbitral o judicial guarden o no relación con la controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio] [en relación con una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio] [39].

Observaciones

36. En el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que las palabras “testimonio del conciliador” que se empleaban en el proyecto anterior tenían poco alcance en el contexto del párrafo 2 y que era preferible utilizar las palabras “las pruebas presentadas por el conciliador” (véase A/CN.9/487, párr. 143).

37. El Grupo de Trabajo se declaró partidario de que se sustituyera la palabra “hechos” por términos como “cuestiones” o “información” (ibíd., párr. 143).

38. El Grupo de Trabajo apoyó la idea de ampliar el alcance de la prohibición enunciada en el párrafo 2 para que fuera aplicable también cuando el conciliador diera testimonio de que una de las partes había actuado de mala fe durante el procedimiento de conciliación (ibíd., párr. 143).

39. El Grupo de Trabajo hizo notar que el párrafo 1) del proyecto de artículo 13 era aplicable a cualquier procedimiento arbitral o judicial independientemente de si estuviera o no relacionado con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio, mientras que el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 tenía un menor alcance, pues sólo afectaba a los procedimientos arbitrales o judiciales relacionados con la controversia objeto del procedimiento de conciliación (ibíd., párr. 143). Se sugiere que se armonice el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 con el del párrafo 1 del proyecto de artículo 13. La primera variante entre corchetes ajusta la situación del conciliador en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 a la del

"tercero" en el párrafo 1 del proyecto de artículo 13. Cabría argumentar que el término "tercero", en el proyecto de artículo 13, no abarca al conciliador a causa de la disposición específica que figura en el proyecto de artículo 14. No obstante, aun así, tal vez convendría unificar los criterios en los proyectos de artículo 13 y 14 para asegurar que cierta información relativa a la conciliación se mantenga confidencial. Como cuestión general, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si es conveniente prohibir de forma general al conciliador que presente pruebas en cualquier procedimiento arbitral o judicial imaginable respecto de los muy diversos tipos de información que se enumeran en los apartados a) a d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 13. La segunda variante entre corchetes corresponde al texto examinado por el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones. En caso de mantenerse esta segunda variante, surgiría un conflicto con el párrafo 1 del proyecto de artículo 13, sobre todo si el término "tercero" del proyecto de artículo 13 debe englobar también al conciliador y no solamente a terceros, como peritos y testigos (véase la observación 30 *supra*). Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez debiera reconsiderar el criterio seguido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 13.

3. [El párrafo 1 será también aplicable] [Los párrafos 1 y 2 serán también aplicables][40] en relación con cualquier otra controversia que surja a raíz del mismo contrato [o de cualquier contrato conexo[41].]

Observaciones

40. Según lo que decida el Grupo de Trabajo acerca del texto entre corchetes del párrafo 2, puede resultar superfluo referirse, en el párrafo 3 a pruebas aportadas por el conciliador acerca de "otras controversias".

41. De las tres variantes que examinaba el Grupo de Trabajo (A/CN.9/487, párr. 142) recibió apoyo la que tenía un alcance más amplio. Sin embargo, se observó que la palabra "related" ("conexo") y algunas de las expresiones que cabría emplear para expresar ese concepto en otros idiomas, eran complicadas y habían ocasionado problemas de interpretación (ibíd., párr. 144).

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/460, párrs. 14 y 15
A/CN.9/468, párrs. 31 a 37
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 29 a 33
A/CN.9/487, párrs. 142 a 145
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 147 a 153
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 33 a 35

Artículo 15. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

1. En el curso de un procedimiento conciliatorio, las partes no podrán entablar procedimiento arbitral o judicial alguno respecto de la controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, obligación a la que el tribunal judicial o arbitral deberá dar efecto. No obstante, cualquiera de las partes podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial si estima que ese

procedimiento es necesario para salvaguardar sus derechos. La apertura de tal procedimiento no pone, de por sí, término al procedimiento conciliatorio [42].

Observación

42. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo apoyó el contenido del párrafo 1. Se señaló que el párrafo 1 sería útil incluso en la hipótesis de que el proyecto de artículo 11, que trataba de qué efecto debía tener un procedimiento conciliatorio en el plazo de prescripción, se mantuviera, pues era posible que el demandante quisiera entablar un procedimiento arbitral o judicial con una finalidad distinta de la de suspender el plazo de prescripción (véase A/CN.9/487, párr. 147). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar con más detenimiento las repercusiones de la segunda frase del párrafo 1. En su forma actual, cada parte goza de amplia discreción para determinar si la apertura de un procedimiento arbitral o judicial es "necesaria para salvaguardar sus derechos". Por ejemplo, podría alegarse fácilmente que una solicitud de medidas cautelares es "necesaria para salvaguardar los derechos" de la parte solicitante. Parece muy alta la probabilidad de que se recurra a la segunda frase del párrafo 1 para dejar sin efecto la primera.

2. [En la medida en que las partes se hayan comprometido de manera expresa a no entablar [durante cierto plazo o mientras no ocurra algo] un procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia presente o futura, el tribunal judicial o arbitral deberá dar efecto a dicho compromiso [en tanto no se cumplan las condiciones del acuerdo][43]].

[3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo no serán óbice para que una parte recurra a una autoridad competente solicitándole que designe un árbitro.]

Observación

43. El Grupo de Trabajo apoyó el contenido del párrafo 2, incluidas las palabras que figuraban entre corchetes. Se estimó que los acuerdos de recurrir a la conciliación debían ser vinculantes para las partes, en particular cuando hubieran convenido explícitamente en no iniciar procedimientos contenciosos hasta que hubiesen intentado resolver sus controversias mediante la conciliación. Se señaló que el párrafo 1, que autorizaba la apertura de procedimientos arbitrales o judiciales en determinadas circunstancias, y el párrafo 2, que no permitía entablar procedimientos arbitrales o judiciales antes de que las partes hubieran cumplido con su compromiso de someter un asunto a conciliación, perseguían fines que podían resultar contradictorios, y que convenía coordinar y aclarar la aplicación de ambas disposiciones (A/CN.9/487, párrs. 148 y 149). Si conviniera modificar la segunda frase del párrafo 1, el Grupo de Trabajo tal vez estaría de acuerdo en que la cuestión quedaría lo suficientemente aclarada añadiendo, al principio del párrafo 2, las palabras "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo", o tal vez consideraría necesario reproducir la segunda frase del párrafo 1 en el texto del párrafo 2. Otra opción consistiría en que el Grupo de Trabajo estudiara la posibilidad de que en la guía para la incorporación al derecho interno se expusieran las razones por las que en el párrafo 2 no debería reproducirse el tipo de excepción

enunciado en la segunda frase del párrafo 1. Por ejemplo, cabría explicar que el párrafo 1 sólo era aplicable una vez iniciado el procedimiento conciliatorio y que la excepción enunciada en la segunda frase podría resultar necesaria cuando hubiera transcurrido mucho tiempo desde que se iniciara el procedimiento de conciliación. No obstante, el párrafo 2 se refiere a un plazo presumiblemente breve a contar a partir de la fecha en que surge la controversia. Normalmente, las partes acuerdan no entablar procedimientos contenciosos para no obstruir las negociaciones o la conciliación y tal vez no hayan razones imperativas para prever una excepción que prevaleciera sobre un compromiso explícito y concreto de las partes.

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 45 a 49
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 154 a 158
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 49 a 52
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 36 y 37

Artículo 16. Actuación del árbitro como conciliador

[No se tendrá por incompatible con su función que sea el árbitro el que sugiera recurrir a la conciliación y, en la medida en que así lo hayan acordado las partes, participe en sus esfuerzos por llegar a un arreglo concertado.][44]

Observación

44. En el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que el proyecto de artículo 16 debía suprimirse porque trataba de actos que cabría adoptar en procedimientos arbitrales, y no en procedimientos de conciliación, y de que el lugar más indicado para tal disposición, suponiendo que fuera necesaria, sería un texto legal en que se regulara el arbitraje. Además, se recordó que al debatirse el párrafo 4 del proyecto de artículo 1 el Grupo de Trabajo había examinado la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo las situaciones en que un árbitro fuese a sustanciar una conciliación en cumplimiento de sus prerrogativas procesales o en virtud de su poder discrecional (véase A/CN.9/487, párr. 103 y la observación 7 *supra*). De optarse por esa vía, tal vez cabría suprimir el proyecto de artículo. No obstante, si se decidiera que las disposiciones legales modelo podían regular también las situaciones en que un árbitro, en el curso del procedimiento arbitral, aceptara actuar como conciliador, el contenido del proyecto de artículo 16 sería válido. Se propuso que, en tal caso, la idea central del proyecto de artículo 16 se hiciera constar en el proyecto de artículo 1. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto en que se tuvieran en cuenta todas estas consideraciones, de ser posible, con varios posibles enunciados (A/CN.9/487, párr. 152). Si las disposiciones legales modelo previeran el supuesto de que un árbitro pudiera sustanciar un procedimiento de conciliación, tal vez convendría agregar al proyecto de artículo 1 una disposición del siguiente tenor: “Las presentes disposiciones legales modelo serán también aplicables en el supuesto de que un árbitro ejerza la función de conciliador conforme a lo que acuerden las partes”.

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 41 a 44
A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 159
A/CN.9/487, párrs. 151 y 152
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 44 a 48
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 104
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 38

Artículo 17. Ejecutoriedad de la transacción[45]

Variante A

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y si las partes y el conciliador o el grupo de conciliadores firman un arreglo conciliatorio, ese arreglo será vinculante y ejecutorio *[el Estado promulgante agregará aquí disposiciones armonizando la ejecutoriedad de tales arreglos]*[46].

Observaciones

45. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que las legislaciones regulaban de modo muy diverso la ejecutoriedad de los arreglos concertados en un procedimiento de conciliación. Algunos Estados no regulaban específicamente la ejecutoriedad de esos arreglos, con lo cual resultarían ejecutables como cualquier contrato entre las partes. En algunas leyes relativas a la conciliación se había seguido este criterio, y en esos países los arreglos de conciliación eran ejecutables del mismo modo que los contratos. Se señaló también que algunas leyes contenían disposiciones en virtud de las cuales se equiparaban los arreglos conciliatorios escritos a los laudos de un tribunal arbitral y producían el mismo efecto que un laudo arbitral definitivo, siempre y cuando el resultado del proceso de conciliación se consignara por escrito y fuera firmado por el conciliador o los conciliadores y las partes o sus representantes. La legislación de un país concreto preveía que todo arreglo conciliatorio tenía fuerza ejecutoria y que los derechos, las deudas y las obligaciones indiscutibles, expresas y ejecutables que constaran por escrito en el acuerdo eran ejecutables con arreglo a las disposiciones legales que regularan la ejecutoriedad de los fallos judiciales. Sin embargo, se destacó que este enfoque se aplicaba a los procedimientos de conciliación administrados por instituciones autorizadas en que se designaba a los conciliadores cuyos nombres figuraban en una lista elaborada por un órgano oficial. Había también legislaciones que equiparaban los arreglos conciliatorios a los laudos arbitrales, aunque sólo con la posibilidad de que el tribunal los declarara ejecutorios como si se tratara de fallos judiciales, lo cual parecía dejar al tribunal cierto margen de discreción. Se sugirió la posibilidad de que el proyecto de disposiciones legales modelo abarcara la situación en que las partes designaran un tribunal arbitral con la finalidad concreta de que dictara un laudo basado en las condiciones fijadas por las partes. Esta clase de laudo, prevista en el artículo 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, tendría la misma fuerza ejecutoria que cualquier laudo arbitral. Según esta opinión, los demás arreglos conciliatorios debían considerarse contratos y ejecutarse como tales. Además, según esa opinión, las disposiciones

legales modelo deberían limitarse a enunciar el principio de que los arreglos de conciliación eran ejecutorios, sin tratar de enunciar criterios uniformes para la ejecutoriedad de tales arreglos, lo cual debía dejarse en manos de la legislación de cada Estado promulgante. No obstante, según otras opiniones, sería útil, para fomentar los procedimientos de conciliación, disponer que los arreglos concertados durante un procedimiento de conciliación pudieran ser ejecutorios. En consecuencia, se estimó conveniente elaborar una disposición legal armonizada para los Estados que pudieran tener interés en promulgarla. Tras un debate, se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 16, con posibles variantes que reflejaran las diversas opiniones expresadas y los distintos enfoques legislativos examinados (véase A/CN.9/487, párrs. 154 a 159).

46. La variante A es el texto que examinó el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones. Este texto pretende reflejar la idea de que las disposiciones legales modelo deberían limitarse a enunciar el principio de que los arreglos concertados mediante conciliación son ejecutorios, sin tratar de fijar criterios uniformes sobre la manera en que esos acuerdos podían resultar "ejecutorios", cuestión que debería dejarse en manos de la legislación de cada Estado promulgante. En la guía para la incorporación al derecho interno se podrían citar ejemplos de cómo se resolvía la cuestión en diversas legislaciones.

Variante B

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia, ese arreglo será vinculante y ejecutable al igual que un contrato[47].

Variante C

De llegar a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia, podrán designar un tribunal arbitral, del que podrán formar parte el conciliador o todo miembro del grupo de conciliadores, y pedir a dicho tribunal que haga constar ese arreglo en forma de un laudo arbitral conforme a lo acordado por las partes [48].

Variante D

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y si las partes y el conciliador o el grupo de conciliadores firman un arreglo por el que se pone término a la controversia, ese arreglo será vinculante y ejecutorio al igual que un laudo arbitral[49].

Observaciones

47. La variante B refleja la opinión más general de que, a efectos de ejecutoriedad, el arreglo conciliatorio debería tenerse por un contrato. Esta variante no exige que el arreglo conciliatorio sea firmado por las partes a fin de no obstaculizar el derecho contractual vigente en los Estados imponiendo requisitos formales específicos para la formación de tal contrato.

48. La variante C, que se basa en el artículo 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, ofrece un marco procesal básico que regula el modo en que un arreglo conciliatorio puede expresarse en forma de laudo arbitral.

49. La variante D refleja la opinión de que el arreglo conciliatorio debe tener la misma ejecutoriedad que un laudo arbitral. El texto de la variante no indica el procedimiento por el que debe formularse el laudo arbitral. Tal vez sea conveniente que en la guía para la incorporación al derecho interno se explique el sentido de las palabras "ejecutorio al igual que un laudo arbitral", por ejemplo, haciendo referencia a las disposiciones más detalladas de los artículos 30, 35 y 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Referencias a anteriores documentos de la CNUDMI

A/CN.9/460, párrs. 16 a 18
A/CN.9/468, párrs. 38 a 40
A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 159
A/CN.9/487, párrs. 153 a 159
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 34 a 42
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 105 a 112
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 39

C. Documento de trabajo relativo al arreglo de controversias comerciales: proyecto de guía para la promulgación de la [Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional] de la CNUDMI presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 35º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.116) [Original: inglés]

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tuvo a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión en su conjunto consideró llegado el momento de que se evaluara la rica y abundante experiencia adquirida en la promulgación de textos inspirados en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (1985), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a evaluar, en el foro universal ofrecido por la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para mejorar la legislación, los reglamento y las prácticas aplicables en materia de arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, que pasó a denominarse Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y decidió que dicho Grupo de Trabajo examinara con carácter prioritario la conciliación[2], el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje[3], la ejecutoriedad de las medidas cautelares[4] y la ejecutoriedad eventual de un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, en 2000, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reiteró su mandato al Grupo de Trabajo para que fijara el calendario y el procedimiento a seguir en el examen de los temas indicados para su labor futura. Se efectuaron varias declaraciones en el sentido de que, en general, al fijar las prioridades para los futuros temas de su programa, el Grupo de Trabajo diera preferencia a toda tarea que fuera viable y práctica, así como a cuestiones que hubieran dado lugar en la jurisprudencia a decisiones inciertas o poco satisfactorias. Además de los ya señalados, se mencionaron, como temas eventualmente merecedores de ser examinados por la Comisión, la determinación del significado y efectos de la disposición relativa al derecho más favorable enunciado en el artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, párr. 109 k)); la presentación de créditos en un procedimiento

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párrs. 340 a 343.
[3] Ibíd., párrs. 344 a 350.
[4] Ibíd., párrs. 371 a 373.
[5] Ibíd., párrs. 374 y 375.

arbitral para salvaguardar algún derecho compensatorio y la competencia de un tribunal arbitral al respecto (párr. 107 g)); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado; facultad discrecional residual para otorgar el exequátur a un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos previstos, en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 (párr. 109 i)), para su denegación; y poderes del tribunal arbitral para otorgar indemnización en forma de intereses (párr. 107 j)). Se observó con aprecio que está previsto, respecto de los arbitrajes tramitados "en línea" (es decir tramitados en parte o incluso en su totalidad por medios electrónicos) (párr. 113), que el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperara con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Respecto de la eventual ejecutabilidad de laudos anulados en el Estado de origen (párr. 107 m)), se expresó el parecer de que no era previsible que esta cuestión suscitara muchos problemas y que la jurisprudencia que la había suscitado no debía considerarse como reflejo de una tendencia ya establecida[6].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con aprecio de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y Corr.1 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió los progresos efectuados hasta la fecha por el Grupo de Trabajo respecto de las tres principales cuestiones bajo examen, a saber, el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, la cuestión de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo de la conciliación.

5. Respecto de la conciliación, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado los artículos 1 a 16 del proyecto de disposiciones legales modelo (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1). Predominó el parecer de que cabía esperar que el Grupo de Trabajo concluyera, en su siguiente período de sesiones, la labor sobre dichas disposiciones. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que diera prioridad al examen de esas disposiciones, con miras a que el instrumento así preparado se presentara en forma de proyecto de ley modelo para su examen y aprobación por la Comisión, en su 35º período de sesiones, en 2002[7].

6. Al irse a clausurar su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara proyectos revisados de esos artículos, a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, para su examen en su siguiente período de sesiones (véase A/CN.9/487, párr. 20). La presente nota contiene el primer proyecto de la guía conexa para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo.

---

[6] Ibíd., *Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.

[7] Ibíd., *Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 315.

ANEXO

Guía para la incorporación al derecho interno de la [Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional] de la CNUDMI

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	**Finalidad de esta Guía**	1-3	148
II.	**Introducción a la Ley Modelo**	4-22	148
A.	Noción de la conciliación y finalidad de la Ley Modelo	4-8	148
B.	La Ley Modelo como herramienta de armonización legislativa	9-10	149
C.	Antecedentes e historia	11-14	150
D.	Ámbito de aplicación	15-16	151
E.	Estructura de la Ley Modelo	17-20	151
F.	Asistencia prestada por la Secretaría de la CNUDMI	21-22	152
III.	**Observaciones sobre cada artículo**	23-71	153
Artículo 1.	Ámbito de aplicación	23-32	153
Artículo 2.	Conciliación	33-35	156
Artículo 3.	Conciliación internacional	36	157
Artículo 4.	Modificación mediante acuerdo	37	158
Artículo 5.	Inicio del procedimiento de conciliación	38-40	158
Artículo 6.	Número de conciliadores	41	159
Artículo 7.	Designación de los conciliadores	42-43	159
Artículo 8.	Sustanciación de la conciliación	44-46	161
Artículo 9.	Comunicaciones entre el conciliador y las partes	47-48	161
Artículo 10.	Revelación de la información recibida	49-51	162
Artículo 11.	Conclusión de la conciliación	52	163
Artículo 12.	Plazo de prescripción	--	163
Artículo 13.	Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos	53-61	163
Artículo 14.	Función del conciliador en otros procedimientos	62-63	166
Artículo 15.	Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales	64-65	167
Artículo 16.	Actuación del árbitro como conciliador	--	168
Artículo 17.	Ejecutoriedad de la transacción	66-71	168

I. Finalidad de esta Guía

1. Al optar por preparar unas disposiciones legales modelo para la conciliación comercial internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) estuvo consciente de que esas disposiciones resultarían más eficaces en orden a la modernización del derecho interno de los Estados si iban acompañadas de cierta información explicativa de su texto y sus antecedentes. La Comisión era además consciente de que algunos Estados poco familiarizados con la vía de la conciliación como método para la solución de las controversias recurrirían directamente a dichas disposiciones. Pese a que esta Guía para la promulgación ha sido primordialmente concebida para los órganos del poder ejecutivo y del poder legislativo que se hayan de encargar de efectuar la revisión legislativa oportuna en sus respectivos países, la información en ella recogida puede ser también útil para los demás usuarios del texto de esas disposiciones, en particular para los jueces y los abogados en ejercicio, así como para el personal académico.

2. Una gran parte del material recogido en la presente Guía está tomado de los trabajos preparatorios de la Ley Modelo. La Guía explica cómo se fueron incorporando al texto de la Ley Modelo disposiciones que constituían los rasgos esenciales básicos de todo dispositivo legal destinado a alcanzar los objetivos del régimen de la Ley Modelo. Al preparar las disposiciones de la Ley Modelo, la Comisión partió de la hipótesis de que la Ley Modelo iría acompañada de un texto explicativo. Por ejemplo, algunas cuestiones que no han sido resueltas en la Ley Modelo serán, no obstante, abordadas en la Guía, que está destinada a servir de fuente de inspiración adicional para los Estados que vayan a promulgar el régimen de la Ley Modelo. La Guía ayudará además a los Estados a determinar cuáles de las disposiciones de la Ley Modelo, de haber alguna, deberán ser modificadas para adaptarlas a determinadas peculiaridades de su derecho interno.

3. La presente Guía para la incorporación al derecho interno ha sido preparada por la Secretaría a raíz de una solicitud de la CNUDMI. Constituye un reflejo del curso de las deliberaciones y de las decisiones adoptadas por la Comisión en el período de sesiones en el que se aprobó la Ley Modelo, así como de las consideraciones del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI que dirigió la labor preparatoria de su texto.

II. Introducción a la Ley Modelo

A. Noción de la conciliación y finalidad de la Ley Modelo

4. El término “conciliación” sirve en la Ley Modelo para designar, en sentido amplio, todo procedimiento por el que una persona o un grupo pericial presta su asistencia, desde una perspectiva independiente e imparcial, a las partes en su tentativa de llegar a una solución amistosa de su controversia. Las vías de la negociación, la conciliación y el arbitraje poseen rasgos diferenciales clave. Al surgir una controversia, las partes tratarán normalmente de resolverla por la vía de la negociación sin dar entrada a nadie que sea ajeno a su controversia. En el arbitraje, las partes encomiendan no sólo el proceso resolutorio de su controversia, sino también su resultado, a un tribunal arbitral que les impondrá un fallo vinculante

para ellas. Como punto intermedio de esta gama de vías extrajudiciales cabe citar la conciliación. Esta vía difiere de la negociación entre las partes al involucrar en la solución de la controversia a un tercero imparcial que ha de prestarles su asistencia. Difiere, a su vez, del arbitraje al retener las partes, en la conciliación, un control absoluto del proceso y del resultado de la conciliación.

5. Así entendido, el procedimiento de conciliación ha sido regulado en diversos reglamentos de instituciones arbitrales y de instituciones especializadas en la administración de diversos métodos extrajudiciales para la solución de las controversias, así como en el Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI, aprobado por la Comisión en 1980. Este Reglamento es un instrumento muy recurrido en la práctica, que ha servido además como modelo inspirador de los reglamentos adoptados por numerosas instituciones.

6. Toda vía de conciliación, por la que las partes en una controversia convengan en que se les preste asistencia en su tentativa para resolverla, puede diferir de otra similar en detalles de procedimiento que dependerán de lo que se juzgue ser el mejor método para resolver esa controversia entre las partes. Las disposiciones, que la Ley Modelo recoge para regir esos procedimientos, dan margen para dichas diferencias y dejan al arbitrio de las partes y de los conciliadores la adopción del curso que juzguen más apropiado para el proceso conciliatorio.

7. En la práctica todo procedimiento por el que las partes en una controversia se dejan ayudar en orden a su solución se suele designar por términos como los de conciliación, mediación u otros similares. Se utiliza la noción de “vías alternativas para la solución de una controversia” para referirse globalmente a diversas técnicas o métodos utilizados para la solución de una controversia que no dan lugar, como sucede con el arbitraje, a un fallo vinculante. La Ley Modelo utiliza el término de “conciliación” como sinónimo de todos esos procedimientos. En la medida en que una “vía alternativa para la solución de una controversia” presente rasgos característicos como los anteriormente mencionados, dicha vía estará regulada por la Ley Modelo.

8. Se está recurriendo cada vez más a la conciliación para la solución de las controversias en diversas partes del mundo, incluso en regiones en donde hasta hará cosa de un decenio o dos no era frecuente en la práctica comercial. Está tendencia puede verse reflejada, por ejemplo, en el establecimiento de cierto número de órganos privados y públicos que ofrecen sus servicios a las partes que puedan estar interesadas en llegar a una solución amistosa de su controversia. Ello es, a su vez, reflejo del creciente deseo en diversas regiones del mundo por promover la conciliación como método para la solución de las controversias, así como de la experiencia acumulada en la aplicación de reglamentos internos de la conciliación que ha dado lugar a que se reclame la búsqueda de soluciones jurídicas internacionales armonizadas que faciliten la conciliación.

B. La Ley Modelo como herramienta de armonización legislativa

9. Por ley modelo se entiende todo texto legal que se recomienda a los Estados para su incorporación al derecho interno. A diferencia de una convención internacional, el Estado que promulgue una ley modelo no estará obligado a dar noticia de su promulgación a las Naciones Unidas o a los demás Estados que hayan

promulgado su régimen. Sería, no obstante, muy deseable que todo Estado que promulgue en su derecho interno el nuevo régimen de la Ley Modelo (o toda otra ley modelo que sea fruto de la labor de la CNUDMI) informe de ello a la Secretaría de la CNUDMI.

10. Al incorporar el texto de la Ley Modelo a su derecho interno, cabe que un Estado desee modificar o suprimir alguna de sus disposiciones. En el supuesto de una convención, los Estados parte verán severamente limitada su posibilidad de modificar en algo su régimen (formulando al respecto una "reserva"); las convenciones de derecho mercantil suelen o bien totalmente prohibir las reservas o limitarlas a ciertos supuestos bien definidos. La flexibilidad inherente a una ley modelo será, por ello, útil en todos aquellos casos en los que sea probable que algunos Estados deseen introducir algunas modificaciones en el régimen uniforme propuesto para facilitar su incorporación al derecho interno. Cabe suponer que algunos Estados desearán introducir ciertas modificaciones en un régimen uniforme que guarda una relación estrecha con el derecho procesal interno. Ello supone, no obstante, que el grado de armonización logrado, y la certidumbre así creada, será inferior si se recurre a la técnica de una ley modelo, que la que cabría esperar del régimen de una "convención". Por razón de su flexibilidad, es probable que un mayor número de Estados decidan adoptar el régimen de una ley modelo. A fin de lograr un grado de armonización y certidumbre satisfactorio, los Estados deberán procurar introducir el menor número posible de cambios al incorporar el régimen de la nueva Ley Modelo a su derecho interno, y se ha de procurar que todo cambio introducido sea compatible con los principios básicos de la Ley Modelo. Una de las razones por la que se ha de procurar en lo posible respetar el texto uniforme de la Ley Modelo es que con ello se logrará que el régimen interno resulte más transparente y familiar para las partes extranjeras al país, así como para los asesores y conciliadores extranjeros que hayan de participar en un proceso de conciliación que se desarrolle en el territorio de un Estado promulgador.

C. Antecedentes e historia

11. El comercio internacional se ha desarrollado rápidamente al dejar de estar limitadas las operaciones transfronterizas a partes contratantes que son grandes empresas procedentes de grandes potencias comerciales. La expansión exponencial del comercio electrónico, que permite concertar operaciones comerciales a través de las fronteras nacionales, hace insoslayable la necesidad de un sistema eficiente y eficaz para la solución de las controversias. La CNUDMI ha preparado la Ley Modelo para ayudar a los Estados a diseñar vías para la solución de las controversias que reduzcan su costo, promuevan un clima cooperativo entre las partes, prevengan futuras disputas y den mayor certidumbre al comercio internacional. Al adoptar la Ley Modelo y al instruir a los comerciantes sobre la finalidad de su régimen, se les estará alentando a buscar vías para la solución de sus controversias que no dependan de un fallo decisorio y que den mayor estabilidad al mercado.

12. Cabe resolver ciertas cuestiones, como la admisibilidad de ciertas pruebas en procedimientos judiciales o arbitrales subsiguientes o la función de los conciliadores en esos procedimientos, por remisión a ciertos reglamentos, como pudiera ser el Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI. Sucede, no obstante, a menudo que

las partes no remiten en su contrato a ningún reglamento de conciliación. La vía de la conciliación se vería, por ello, favorecida por la adopción de unas disposiciones legales, de índole no imperativa, a las que puedan acudir las partes que deseen entablar un proceso de conciliación pero que no hayan convenido en ningún reglamento o conjunto de prácticas procesales al respecto.

13. Además, en aquellos países en los que sea incierta la validez de los acuerdos relativos a la admisibilidad de ciertas pruebas o cuando esos acuerdos no hayan resuelto todas las inquietudes de las partes, la disponibilidad de una normativa legal uniforme será una fuente de claridad al respecto. La vía legislativa ofrece el mejor medio para lograr el grado de predecibilidad y de certidumbre requerido para facilitar la conciliación.

14. Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que cabe citar el fomento del recurso a la conciliación y de la predecibilidad y certidumbre en su empleo, son esenciales para fomentar la economía y eficiencia del comercio internacional. Prevaleció el parecer en la Comisión de que valía la pena explorar la posibilidad de preparar un régimen legal uniforme que respalde ese mayor recurso a la conciliación.

[Una nota de la Secretaría se incorporará al historial de la futura Ley Modelo]

Referencia a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/WG.II/WP.108; párrs. 11 a 17
A/54/17, párr. 342

D. Ámbito de aplicación

15. Al preparar la Ley Modelo y al abordar el tema que se le presentaba, la Comisión adoptó una noción amplia de la conciliación, que cabría designar también por términos como los de “mediación”, “vía alternativa para resolver controversias”, y “dictamen pericial neutro”. La Comisión desea que la Ley Modelo sea aplicable a la más amplia gama posible de controversias comerciales. La Comisión convino en que se hiciera referencia en el título de la Ley Modelo a la conciliación comercial internacional. Si bien se da en el artículo 2 una definición de “conciliación”, las definiciones de “comercial” e “internacional” figuran en una nota al pie del artículo 1 y del artículo 3, respectivamente. Aun cuando la Ley Modelo esté destinada a casos que sean comerciales e internacionales, el Estado que promulgue su régimen podrá ampliar su alcance a las controversias comerciales internas e incluso a algunas controversias no comerciales.

16. La Ley Modelo debe ser vista como un juego equilibrado de reglas autónomas que podrán ser promulgadas e incorporadas a una única ley o como parte de un régimen más amplio para la solución de las controversias.

E. Estructura de la Ley Modelo

17. La Ley Modelo enuncia definiciones, así como procedimientos y directrices sobre cuestiones que sean del caso, inspiradas en la importancia de que las partes retengan el control deseado sobre el procedimiento seguido y su resultado.

18. Los artículos 1 a 3 se ocupan de cuestiones generales y definen en términos genéricos la conciliación y en términos más precisos su aplicación internacional. Se trata del tipo de disposiciones por las que se acostumbra a determinar en una ley el ámbito de su aplicación.

19. Las reglas enunciadas en los artículos 4 a 9 se ocupan de los aspectos procesales de la conciliación. Esas reglas procesales pueden ser de particular utilidad en aquellos casos en los que las partes no hayan previsto ninguna regla de procedimiento para la solución de sus controversias, por lo que son de índole básicamente supletoria. Pueden ser también de utilidad para las partes que, a pesar de haber previsto en su acuerdo algún procedimiento para la solución de sus controversias, deseen acudir a ellas a título supletorio.

20. El resto de la Ley Modelo regula cuestiones que pueden suscitarse a raíz de un proceso de conciliación a fin de evitar la incertidumbre que resultaría de la ausencia de una normativa legal al respecto.

F. Asistencia prestada por la Secretaría de la CNUDMI

21. De conformidad con la índole didáctica y asistencial de su labor, la Secretaría de la CNUDMI prestará asesoramiento técnico a toda autoridad pública encargada de preparar textos legales basados en la Ley Modelo. La CNUDMI presta asesoramiento técnico a las autoridades que se encargan de preparar leyes inspiradas en leyes modelo de la CNUDMI o que han de dictaminar sobre la eventual adhesión de su país a alguno de los convenios comerciales internacionales preparados por la CNUDMI.

22. Se puede obtener de la Secretaría, solicitándola en la dirección abajo indicada, toda información adicional que se desee respecto de la Ley Modelo o sobre la Guía, así como sobre toda otra ley modelo o convención que haya sido preparada por la CNUDMI. La Secretaría agradecerá toda observación que se le dirija respecto de la Ley Modelo y de su Guía, así como toda información relativa a la promulgación de normas legales basadas en la Ley Modelo.

UNCITRAL secretariat
United Nations Vienna International Centre
P.O. Box 500
A-1400, Viena, Austria

Teléfono: (43-1) 26060-4060 ó 4061
Telefax: (43-1) 26060-5813
Correo electrónico: uncitral@uncitral.org
Sitio en Internet: www.uncitral.org

III. Observaciones sobre cada artículo

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. Las presentes disposiciones legales modelo se aplicarán a la conciliación comercial internacional*, definida en los artículos 2 y 3,

a) Cuando las partes hayan acordado o, a falta de tal acuerdo, hayan determinado con la asistencia del conciliador o de un grupo de conciliadores, un lugar de conciliación que se encuentre en territorio del Estado; o

b) Cuando el lugar de conciliación no haya sido acordado ni determinado con arreglo a lo dispuesto en el apartado a), se considerará que ese lugar se encuentra en territorio del Estado si alguno de los lugares siguientes se halla en él: la sede de la institución que administre el procedimiento de conciliación; el lugar de residencia del conciliador o los establecimientos de las partes, si ambas partes tienen su establecimiento en un mismo país.

2. Las presentes disposiciones legales modelo serán también aplicables a toda conciliación comercial que no sea internacional conforme a la definición del artículo 3, cuando las partes hayan acordado [expresamente] que las disposiciones legales modelo sean aplicables a dicha conciliación.

3. Los artículos … serán también aplicables cuando el lugar de la conciliación no se encuentre en el territorio de este Estado.

4. Las presentes disposiciones legales modelo serán aplicables independientemente de si la conciliación se entabla a instancia de una de las partes después de surgir la controversia, conforme a un acuerdo concertado anteriormente por las partes, o a raíz de las instrucciones o [del requerimiento] [de la invitación] de un tribunal o de una entidad pública competente.

5. Las presentes disposiciones legales modelo no serán aplicables a los casos en que:

a) Un juez o un árbitro ponga en marcha, en el curso del procedimiento del que entienda, un proceso de conciliación; y

b) [...].

---

* Debe darse una interpretación amplia al término “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial,

transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

23. La finalidad del artículo 1, que debe ser leído a la luz de la definición que el artículo 2 da de "conciliación" y que el artículo 3 da de "internacional", es perfilar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Al preparar la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo convino en general en que la aplicación del régimen uniforme se limitara a las controversias de índole comercial. El término "comercial" puede verse definido en una nota al pie del párrafo 1 del artículo 1. Dicha nota trata de ser amplia e inclusiva, facilitando vías para superar toda dificultad técnica que pudiera haber en el derecho interno a la hora de determinar si una operación es o no comercial. No se ha dado una definición estricta de "comercial" a fin de que este término sea interpretado en sentido lato como abarcando todo asunto suscitado por cualquier relación de índole comercial, sea o no contractual. La nota al pie del artículo contiene una amplia lista ilustrativa de las relaciones que se han de tener por comerciales, insistiendo así en la amplitud de la interpretación sugerida e indicando que el criterio determinante no ha de estar basado en lo que el derecho interno haya definido como "comercial". Ello puede ser particularmente útil para aquellos países en los que no exista una rama autónoma de derecho mercantil. Al no ser el empleo de notas al pie de un texto legal una práctica legislativa aceptable en algunos países, es posible que la autoridad promulgadora juzgue oportuno incorporar el texto de la nota al propio texto de la ley promulgada.

24. La Ley Modelo sería aplicable si el lugar de la conciliación está situado en el territorio del Estado promulgante. En el curso de la preparación de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo se pronunció a favor de que se enunciara el factor territorial como primer factor que se ha de tener en cuenta para determinar la aplicabilidad de la Ley Modelo. El factor territorial enunciado en el apartado a) dispone que la Ley Modelo será aplicable (en el supuesto de que se cumplan otros criterios, particularmente el de que la conciliación sea internacional y el asunto sea comercial) cuando el lugar de la conciliación se encuentre en el territorio del Estado promulgante. Cabe señalar que, si bien el párrafo 2 faculta a las partes para extender de común acuerdo la aplicabilidad de la Ley Modelo a supuestos de conciliación no internacionales, no está previsto que puedan obrar así en supuestos en los que la conciliación no satisfaga el criterio de la índole "comercial" definido en la nota al pie del artículo 1.

25. El apartado a) permite que las partes se aseguren de que la Ley Modelo será aplicable, conviniendo entre sí cuál ha de ser el lugar de la conciliación. En ausencia de ese acuerdo, el conciliador o el grupo de conciliadores deberá ayudar a las partes a determinar cuál ha de ser ese lugar. A fin de evitar conflictos y en aras de la certidumbre, se debe alentar a las partes a que estipulen en sus acuerdos el lugar donde se haya de celebrar la conciliación.

26. En el apartado b) se ofrecen soluciones para aquellos supuestos en los que no se haya estipulado el lugar de la conciliación o en los que, por otras razones, no sea posible determinar ese lugar. Para estos supuestos, este apartado dispone que la Ley Modelo será aplicable si cualquiera de los lugares siguientes se encuentra en el territorio del Estado promulgante: la sede de la institución que administre la conciliación; la residencia del conciliador, o los establecimientos de las partes, si ambas partes tienen su establecimiento en un mismo país.

27. El párrafo 2 faculta a las partes para convenir en que la Ley Modelo sea aplicable (es decir, para hacer remisión a su régimen) aun cuando la conciliación no sea internacional a tenor de la definición dada en la Ley Modelo.

28. Nada de lo dispuesto en la Ley Modelo impedirá que un Estado promulgante amplíe el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a supuestos de conciliación ajenos a la esfera comercial [o permita que las partes estipulen que la Ley Modelo sea aplicable a supuestos de conciliación no comercial].

29. En principio, la Ley Modelo será únicamente aplicable a una conciliación que sea internacional conforme a lo definido en el artículo 3. Sin embargo, todo Estado podrá extender su ámbito, al promulgar su régimen, a la conciliación tanto interna como internacional.

30. El párrafo 3 enumera las disposiciones que surtirán efecto en el Estado promulgante aun cuando el procedimiento de conciliación se haya de seguir en otro país y no sea habitual que en dicho supuesto sea aplicable el derecho del Estado promulgante. [Esas disposiciones son ...].

31. Al tiempo que reconoce que la conciliación es un procedimiento voluntario dependiente del acuerdo de las partes, el párrafo 4 reconoce asimismo que algunos países han adoptado medidas para promover la conciliación exigiendo, por ejemplo, que las partes acudan en determinados supuestos a la conciliación o permitiendo que los jueces sugieran o exijan de las partes que acudan a la conciliación antes de proseguir la litigación. A fin de evitar toda duda acerca de la aplicabilidad de la Ley Modelo a todos esos supuestos, el párrafo 4) dispone que la Ley Modelo sea aplicable tanto si la conciliación se entabla a instancia de una de las partes, como si se entabla por imperativo de algún requisito legal o a instancia de un tribunal. Se sugiere que, aun cuando el Estado promulgante no requiera que las partes acudan a la conciliación, esa disposición sea no obstante promulgada, ya que es posible que las partes ubicadas en un Estado promulgante acudan a la conciliación a instancia de un tribunal extranjero, en cuyo caso la Ley Modelo debería ser también aplicable.

32. El párrafo 5 faculta al Estado promulgante para excluir determinados supuestos del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. El apartado a) excluye expresamente todo supuesto en el que un juez o árbitro abra, al entender de una controversia, un procedimiento de conciliación. Cabe abrir este procedimiento ya sea a instancia de las partes en la controversia o en el ejercicio del poder discrecional o de las prerrogativas del juez. Se estimó que era necesaria esta exclusión para evitar toda interferencia con el derecho procesal interno. Otra esfera excluida podría ser la de la negociación colectiva entre patronos y empleados, al haberse previsto en algunos países una vía de conciliación propia para el régimen de la negociación colectiva que pudiera estar sujeta a consideraciones de orden público distintas de las que han inspirado a la Ley Modelo. Cabe prever también otra exclusión para el supuesto de una conciliación que corra a cargo de alguna otra autoridad judicial, por ser probable que esa conciliación esté sujeta a reglas del poder judicial con las que no sería adecuado que el régimen de la Ley Modelo interfiriera.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 88 a 99
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 1 a 6
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 111 a 116
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 87, 88 y 90

Artículo 2. Conciliación

Para los fines de las presentes disposiciones legales modelo, se entenderá por "conciliación" todo proceso, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les preste asistencia [de forma independiente e imparcial] [y sin poder para imponer a las partes una decisión vinculante] en su amigable tentativa de llegar a un arreglo de una controversia nacida de un contrato u otra relación jurídica o que esté de algún modo vinculada a dicho contrato o relación.

33. El artículo 2 enuncia los elementos inherentes a la noción definida de conciliación. La definición menciona el acuerdo entre las partes, la existencia de una controversia, la intención de las partes de llegar a un arreglo amistoso y la participación de un tercero independiente e imparcial que deberá ayudar a las partes en su tentativa de llegar a una solución amistosa. Su finalidad es la de distinguir la conciliación del arbitraje vinculante, en primer lugar, y de la negociación entablada entre las partes, o entre sus representantes, en segundo lugar.

34. [Las palabras "de forma independiente e imparcial" no tienen por objeto establecer un requisito legal para la aplicabilidad del régimen de la Ley Modelo. Si bien esas palabras son, en ese sentido, innecesarias para definir la conciliación, se ha procedido a su inclusión, para recalcar la índole propia de la conciliación. Las palabras "y sin poder para imponer a las partes una decisión vinculante" tienen por objeto distinguir la conciliación de otras vías como la del arbitraje.]

35. Las palabras "designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente" sirven para indicar que la Ley Modelo será aplicable con independencia del nombre por el que se designe dicho procedimiento. La Comisión quiso englobar en la palabra "conciliación" una amplia gama de vías de resolución voluntaria de las controversias en las que el procedimiento no escape del control de las partes y se lleve a cabo con la asistencia de un tercero neutral. En la práctica se utilizan diversas vías y técnicas procesales para llegar al arreglo de una controversia y cabe valerse de diversos términos para designarlas. Al preparar la Ley Modelo, la Comisión quiso que abarcara todas las vías y técnicas procesales que respondieran a los criterios enunciados en el artículo 2.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/WG.II/WP.115, párrs. 8 a 11
A/CN.9/487, párrs. 100 a 104
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 7 y 8
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 108 y 109

A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 83 a 85
A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 11
A/CN.9/460 párrs. 8 a 10

Artículo 3. Conciliación internacional

1. Una conciliación es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tienen, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en donde las partes tengan sus establecimientos:

i) el lugar de la conciliación; o

ii) cualquier lugar en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial o el lugar que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia;

2. A los efectos del presente artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, se tendrá por su establecimiento el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Si una parte carece de establecimiento, se tendrá en cuenta el lugar de su residencia habitual.

36. En principio la Ley Modelo será únicamente aplicable a la conciliación internacional. El artículo 3 enuncia un criterio para distinguir las controversias de ámbito internacional de las de ámbito interno. Al aprobar la Ley Modelo, la Comisión convino en que el régimen de la Ley Modelo resultaría más aceptable para los países si no interfería en nada con el régimen de la conciliación interna. Ahora bien, la Ley Modelo no enuncia ninguna disposición que sería, en principio, inadecuada para la solución de una controversia interna. De acuerdo con este parecer, las partes están facultadas para someter sus controversias al régimen de la Ley Modelo conforme se indica en el párrafo 2 del artículo 1. Cabe señalar que en algunos ordenamientos, particularmente tratándose de Estados federales, pueden presentarse notables dificultades a la hora de distinguir entre el comercio internacional y el comercio interno. Nada de lo dispuesto en la Ley Modelo debe ser interpretado como una invitación a los Estados para limitar su aplicabilidad a las controversias de carácter internacional.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 105 a 109
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 9 y 10
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 117 a 120
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 89

Artículo 4. Modificación mediante acuerdo

De no disponerse otra cosa en las presentes disposiciones legales modelo, las partes podrán convenir en excluir cualquiera de ellas o en modificar su efecto.

37. A fin de insistir en la importancia que la Ley Modelo atribuye al principio de la autonomía contractual de las partes, se ha enunciado esta disposición en un artículo aparte. Con ello se alineaba el texto de la Ley Modelo con el de otros instrumentos de la CNUDMI (p.ej.: artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 4 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI, y artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas). Cabe sugerir como fórmula más conforme a la de otros textos ya aprobados la de un texto que dijera "las partes podrán hacer excepciones a lo dispuesto en la presente Ley o modificar algunos de sus efectos, mediante acuerdo entre ellas, salvo que ese acuerdo carezca de validez o eficacia con arreglo al derecho aplicable". La consagración de este principio de la autonomía contractual en un artículo aparte de la Ley Modelo reducirá aun más la necesidad de tener que repetirlo en algunas de sus disposiciones, en particular.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 112
A/CN.9/487, párr. 99
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 87
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 6

Artículo 5. Inicio del procedimiento de conciliación

1. El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden entablar ese procedimiento.

2. Si una parte que invitó a la otra a entablar un procedimiento de conciliación no recibe respuesta de esta última en un plazo de [14] días a partir de la fecha en que se envió la invitación o en cualquier otro plazo especificado en la invitación, esa parte podrá considerar que la otra ha rechazado su oferta de conciliación.

38. Al aprobar la Ley Modelo, la Comisión convino en que se armonizara el párrafo 1 de este artículo con el párrafo 4 del artículo 1, a fin de tener en cuenta el hecho de que es posible que se acuda a la vía de la conciliación a raíz de una directriz o solicitud que provenga de un órgano encargado de resolver la controversia, como pudiera ser un tribunal judicial o arbitral. La referencia genérica al "día en que las partes en esa controversia acuerden entablar ese procedimiento" parece abarcar los diversos métodos por los que las partes pueden acudir a la conciliación. Cabe citar al respecto, por ejemplo, la aceptación por una de las partes de la invitación recibida de la otra para acudir a la vía conciliatoria, o la aceptación por ambas partes de una directriz o sugerencia de un tribunal judicial, instándolas a que abran un proceso de conciliación.

39. Al referirse la disposición únicamente al “acuerd[o de] entablar ese procedimiento” la Ley Modelo deja la determinación del momento exacto en el que se concluye ese acuerdo a la norma que sea por lo demás aplicable, al margen del régimen de la conciliación. Dado el creciente empleo de los modernos medios de comunicación, se ha reducido a 14 el número de días requeridos para contestar a una invitación a entablar la conciliación, en vez de los 30 días previstos en el Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI.

40. El artículo 5 no prevé el supuesto de que una invitación a entablar la conciliación sea retirada tras haber sido formulada. No se ha insertado en su texto ninguna disposición en ese sentido (como la de permitir que la parte que ofrezca la conciliación retire su invitación una vez que haya sido aceptada), a fin de no interferir con la normativa interna aplicable a la formación de un contrato con nuevas reglas sobre las condiciones que han de darse para que se pueda retirar una oferta o una aceptación de acudir a la conciliación. Si bien se sugirió durante la preparación de la Ley Modelo que se incluyera una regla especial relativa a la retirada de una invitación a acudir a la vía de la conciliación, esa regla resultaría probablemente superflua en vista de que el apartado d) del artículo 11 faculta a ambas partes para poner término, en cualquier momento, a un procedimiento ya entablado de conciliación.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485 y Corr.1, párrs.127 a 132
A/CN.9/487, párrs. 110 a 115
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 95 y 96
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 11 y 12

Artículo 6. Número de conciliadores

El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber un grupo de conciliadores.

41. A diferencia del arbitraje para el que se prevé, como regla supletoria, la formación de un tribunal de tres árbitros, la práctica de la conciliación demuestra que las partes suelen desear que un solo conciliador se encargue de ayudarlas a llegar a un arreglo de su controversia. Por ello, el artículo 6 enuncia, como regla supletoria, que un solo conciliador intervendrá en la conciliación.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 116 y 117
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 13

Artículo 7. Designación de los conciliadores

1. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto un único conciliador, las partes se esforzarán en ponerse de acuerdo para designar a ese conciliador.

2. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previstos dos conciliadores, cada una de las partes nombrará uno.

3. En todo procedimiento conciliatorio con tres o más conciliadores, cada una de las partes nombrará uno. Las partes procurarán ponerse de acuerdo para la designación de los demás conciliadores.

4. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona apropiada para la designación de los conciliadores. En particular:

a) Toda parte podrá solicitar a tal institución o persona que le recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliadores; o

b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.

5. Al hacer recomendaciones o al designar a personas para el cargo de conciliador, esa institución o persona se dejará guiar por consideraciones que sean conducentes al nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta que la de las partes.

42. De lo que se trata es de alentar a las partes a designar de común acuerdo al conciliador. Si bien se sugirió al preparar la Ley Modelo que se supeditara todo nombramiento de conciliador al acuerdo de las partes, lo que evitaría toda sospecha de parcialidad, prevaleció el parecer de que lo más práctico era permitir que cada parte nombrara un conciliador. Con ello no sólo se facilita el pronto inicio del proceso de conciliación sino que tal vez se facilite también la concertación de un arreglo al serles más fácil a los conciliadores de ambas partes, sin dejar de actuar con independencia e imparcialidad, aclarar las posturas de sus respectivas partes y aumentar así la probabilidad de que se llegue a una solución. De nombrarse tres o más conciliadores debería en principio nombrarse al último conciliador impar por acuerdo de ambas partes. Con ello se reforzaría la confianza de las partes en el proceso conciliatorio.

43. De no ponerse de acuerdo las partes en el nombramiento de un conciliador, deberá encomendarse ese nombramiento a un tercero o a una institución. En los apartados a) y b) se ha previsto que ese tercero o institución se limiten a facilitar nombres de personas idóneas para esa función o, si así lo acuerdan las partes, nombrar directamente al conciliador o conciliadores. El párrafo 5 enuncia ciertas directrices que habrá de seguir todo tercero o institución que recomiende un conciliador o se encargue de nombrarlo. Esas directrices tratan de favorecer la independencia de imparcialidad del conciliador.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 118 y 119
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 14

Artículo 8. Sustanciación de la conciliación

1. Las partes gozarán de autonomía para determinar, por remisión a algún reglamento uniforme de la conciliación o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.

2. De no llegarse a un acuerdo sobre la forma en que deberá sustanciarse la conciliación, el conciliador o el grupo de conciliadores podrán sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estimen adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los eventuales [pareceres] [expectativas] [propósitos] [deseos] que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

3. El conciliador deberá inspirarse en los principios de [objetividad, equidad y justicia] [objetividad, imparcialidad e independencia] y procurará tratar a las partes con equidad.

4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia.

44. El párrafo 1 de este artículo insiste en que las partes gozan de autonomía para convenir en el curso que se ha de dar a la conciliación. Ese párrafo está inspirado en el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

45. En el párrafo 2 se reconoce que, sin dejar de respetar la voluntad de las partes, el conciliador podrá dirigir el proceso conforme juzgue apropiado.

46. El párrafo 4 precisa que el conciliador podrá, en cualquier etapa del proceso, proponer un arreglo de la controversia. Al decidir sobre la oportunidad o el alcance de esa propuesta el conciliador deberá tener en cuenta diversos factores, como los deseos de las partes y las técnicas que haya decidido emplear por estimarlas conducentes al logro de un arreglo.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 91 y 92

Artículo 9. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas.

47. La reunión por separado del conciliador con cada una de las partes es una práctica tan habitual que se ha previsto que el conciliador recurra a ella, salvo que las partes hayan impuesto alguna restricción al respecto. La finalidad de esta disposición es dejar en claro la procedencia de recurrir a esta práctica.

48. El conciliador no deberá hacer distinciones en su trato con las partes, lo que no quiere decir que haya de dedicar igual tiempo a sus reuniones por separado con cada

una de ellas. El conciliador podrá explicar, por adelantado, a las partes que podrán darse ciertas discrepancias, tanto reales como imaginarias, que no son sino resultado de su empeño por explorar todas las cuestiones, intereses o posibilidades que puedan allanar el camino para llegar a un arreglo.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 54 y 55

Artículo 10. Revelación de la información recibida

Si el conciliador o el grupo de conciliadores recibe de una de las partes información relativa a la controversia, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. Sin embargo, el conciliador o el grupo de conciliadores no podrá revelar la información que reciba de una de las partes, si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

49. El artículo 10 enuncia el principio de que todo dato que una parte facilite al conciliador podrá ser comunicado a la otra parte. Esa posibilidad obra en aras de la confianza entre las partes en un proceso de conciliación. Ahora bien, este principio no es absoluto, al facultársele y no obligársele al conciliador a poner esa información en conocimiento de la otra parte. Además, el conciliador contrae el deber de no revelar determinados datos que le hayan sido comunicados por alguna parte, si ésta se los comunica con la condición expresa de que respete su índole confidencial. Esta restricción está justificada por la consideración de que el conciliador no impone a las partes ningún fallo decisorio vinculante, a diferencia de lo que sucede en el arbitraje donde el árbitro tendrá el deber absoluto de revelar todo dato que le sea comunicado.

50. Con estas reglas se trata de favorecer un intercambio abierto y sincero de información entre las partes, al tiempo que se trata de salvaguardar el derecho de cada parte a que se respete la confidencialidad de ciertos datos. El conciliador deberá cumplir con su cometido de favorecer un intercambio confiado de toda información relativa a la controversia.

51. El término “información” se ha de interpretar aquí en sentido amplio, ya que es de desear que las partes comuniquen al conciliador todo dato que pueda serle útil. La noción de “información” que se utiliza en este artículo debe ser entendida como referida también a toda comunicación intercambiada con anterioridad a la apertura efectiva del proceso de conciliación.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 54 y 55
A/CN.9/487, párrs. 130 a 134
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 58 a 60

Artículo 11. Conclusión de la conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por concluido:

a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;

b) Al efectuar el conciliador o el grupo de conciliadores, previa consulta con las partes, una declaración por escrito en la que se haga constar que ya no ha lugar a que prosigan los esfuerzos de conciliación, tras la fecha de tal declaración;

c) Al dirigir las partes al conciliador una declaración por escrito en la que hagan constar que dan por concluido el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o

d) Al dirigir una parte a la otra y al conciliador, si éste ha sido designado, una declaración por escrito en la que dé por concluido el procedimiento conciliatorio, en la fecha de tal declaración.

52. En esta disposición se enumeran diversos supuestos en los que el proceso de conciliación pierde su razón de ser y se da por terminado. En el apartado a) se utiliza la palabra “concertar” en vez de “firmar” a fin de dejar más claramente abierta la posibilidad de que se concierte un arreglo por vía electrónica.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487; párr. 136
Cotejar con el artículo 15 del Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI

Artículo 12. Plazo de prescripción

[1. Cuando se inicie el procedimiento de conciliación, dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.

2. Cuando el procedimiento de conciliación haya concluido sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción empezará a correr de nuevo a partir del momento en que se haya concluido sin arreglo el procedimiento de conciliación.]

Artículo 13. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. [A menos que las partes acuerden otra cosa,] la parte que participe en un procedimiento conciliatorio o un tercero no invocará ni presentará como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, guarde o no relación este procedimiento con la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento de conciliación:

a) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;

b) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

c) Las propuestas presentadas por el conciliador;

d) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador.

2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable con independencia de [la forma que revista la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo] [que la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo sean orales o escritas].

3. [Independientemente de si el procedimiento arbitral o judicial guarda o no relación con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio], el tribunal arbitral o judicial no ordenará la divulgación de la información a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo [, a menos que la ley por la que se rija el procedimiento arbitral o judicial permita o exija dicha divulgación].

4. Cuando se hayan presentado pruebas en contravención del párrafo 1 del presente artículo, el tribunal arbitral o judicial tendrá dichas pruebas por inadmisibles.

5. Ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral o judicial dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

53. En el curso de un procedimiento de conciliación, las partes acostumbran a presentar sugerencias o sus pareceres respecto de posibles propuestas de arreglo, a reconocer ciertos hechos o deficiencias o a indicar su deseo de llegar a un arreglo. Si, pese a tales esfuerzos, la conciliación no da lugar a un arreglo y alguna de las partes entabla un procedimiento judicial o arbitral, cabe que esas sugerencias, pareceres y reconocimientos de ciertos hechos o deficiencias sean utilizados en detrimento de la parte que obró así en aras de una conciliación. La posibilidad de que esa información pueda servir para ulteriores fines de la otra parte puede desalentar a las partes en su intento de llegar a un arreglo durante el procedimiento de conciliación, lo que reduciría la utilidad de la vía conciliatoria.

54. Al ser la finalidad de este artículo alentar a un intercambio fluido y sincero de información entre las partes y el conciliador, se prohíbe en su texto la utilización en ulteriores procedimientos de la información enumerada en el párrafo 1. Las palabras “o un tercero” se utilizan para aclarar que toda otra persona (por ejemplo, un testigo o experto) que haya participado en el proceso de conciliación quedará igualmente obligada por la regla del párrafo 1.

55. Esta disposición resulta particularmente necesaria para el supuesto de que las partes no hayan convenido en someterse a lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI, que dispone que “las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial ...:

a) Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una posible 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."

Ahora bien, aun cuando las partes hayan convenido en una regla de esta índole, la disposición legal propuesta como modelo puede ser útil, al menos en algunos ordenamientos, al no ser seguro que el tribunal reconozca plenamente la validez de los acuerdos relativos a la admisibilidad de ciertas pruebas en procedimientos judiciales.

56. La confidencialidad de la información revelada por las partes en el curso de una conciliación puede ser cuestionada en diversos contextos, por lo que debe ser salvaguardada. El enfoque adoptado en este artículo tiene por objeto eliminar toda incertidumbre sobre si las partes pueden convenir entre ellas en no utilizar como prueba en procedimientos judiciales o arbitrales determinados hechos que formen parte del proceso de conciliación.

57. La Ley Modelo trata de evitar que cierto tipo de información sea utilizado en procedimientos judiciales o arbitrales subsiguientes, con independencia de si las partes han convenido en una regla como la enunciada en el artículo 20 del Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI. Para el supuesto en que las partes no se hayan sometido expresamente a una regla de esta índole, la Ley Modelo ha previsto que pase a ser una condición implícita de todo acuerdo de conciliación que las partes en dicho procedimiento no utilizarán como prueba en ulteriores procedimientos judiciales o arbitrales hechos de la índole especificada en las disposiciones modelo. Esos hechos pasarían así a ser inadmisibles como prueba ante un tribunal arbitral o judicial y ese tribunal no podría ordenar su publicación.

58. La prohibición del artículo 13 sería aplicable a la información o los hechos especificados en dicho artículo con independencia de si han sido consignados o no en un documento.

59. A fin de promover la transparencia y confianza entre las partes que acudan a la vía de la conciliación, conviene que esas partes acudan a dicha vía conociendo el alcance de esa regla y con la seguridad de que será respetada. Pueden darse supuestos, no obstante, en los que ciertas pruebas sean inadmisibles con arreglo al artículo 13, pero que esa inadmisibilidad haya de ser ignorada por razones apremiantes de orden público. Por ejemplo: la necesidad de dar a conocer las amenazas proferidas por algún participante de infligir lesiones corporales o pérdidas o daños ilícitos; la tentativa de algún participante de valerse de la conciliación para planear o perpetrar algún delito; la necesidad de alguna prueba para confirmar o invalidar alguna alegación de falta de ética profesional basada en la conducta de alguna de las partes en el proceso de conciliación; la necesidad de presentar, en un procedimiento en el que se esté alegando abuso de fuerza o fraude, alguna prueba que afecte a la validez o ejecutoriedad de un acuerdo concertado por las partes; o la circunstancia de que ciertas declaraciones efectuadas durante un proceso conciliatorio revelen la existencia de alguna amenaza importante para la salud o la seguridad pública. En el párrafo 3 del artículo se expresa dicha excepción en términos genéricos.

60. El párrafo 3 dispone que un tribunal judicial o arbitral no deberá ordenar la revelación de dato alguno de los mencionados en el párrafo 1 a no ser que esa revelación esté autorizada o sea exigible con arreglo a la ley procesal por la que se rijan las actuaciones judiciales o arbitrales. Se ha juzgado necesario introducir esta disposición para reforzar y aclarar debidamente lo dispuesto en el párrafo 1.

61. En algunos ordenamientos jurídicos no se puede obligar a las partes a presentar ante el tribunal documentos que estén amparados por algún "privilegio" -por ejemplo, un escrito intercambiado entre un abogado y su cliente. Cabe, no obstante, que se pierda ese privilegio si la parte ha invocado el documento así amparado en algún procedimiento. Cabe presentar documentos amparados, en el curso de una conciliación, con miras a facilitar el arreglo de la controversia. A fin de no desalentar esta práctica, el Estado promulgante podría preparar alguna disposición uniforme por la que se dispusiera que la presentación, en el curso de una conciliación, de algún documento privilegiado no constituirá renuncia de ese privilegio.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 22 a 29
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 139 a 146
A/CN.9/487, párrs. 139 a 141
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 18 a 28
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 98 a 100
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 25 a 32

Artículo 14. Función del conciliador en otros procedimientos

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro, ni como representante o letrado defensor de una parte, en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio.

2. No se admitirán pruebas presentadas por el conciliador acerca de las cuestiones a que se refiere el párrafo 1 del artículo 13 o acerca de la conducta de cualquiera de las partes durante el procedimiento de conciliación en ningún procedimiento arbitral o judicial [con independencia de que dicho procedimiento arbitral o judicial guarden o no relación con la controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio] [en relación con una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio].

3. [El párrafo 1 será también aplicable] [Los párrafos 1 y 2 serán también aplicables] en relación con cualquier otra controversia que surja a raíz del mismo contrato [o de cualquier contrato conexo].

62. El artículo 14 refuerza el efecto del artículo 13 al poner límites a la posibilidad de que el conciliador actúe como árbitro y de que el conciliador preste testimonio en algún procedimiento ulterior.

63. En algunos casos, cabe que las partes consideren provechoso que el árbitro posea algún conocimiento del caso, particularmente si estiman que ello le permitirá

actuar con mayor eficiencia en su cometido. En esos casos, las partes tal vez prefieran que el conciliador sea designado como árbitro de un procedimiento arbitral subsiguiente. Esta disposición no obstaculiza ese nombramiento, con tal de que las partes convengan en hacer excepción a su regla, por ejemplo, designando de común acuerdo al conciliador para que asuma la función de árbitro.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 31 a 37
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 148 a 153
A/CN.9/487, párrs. 143 a 145
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 29 a 33
A/CN.9/WG.II/WP.110, nota 30

Artículo 15. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

1. En el curso de un procedimiento conciliatorio, las partes no podrán entablar procedimiento arbitral o judicial alguno respecto de la controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, obligación a la que el tribunal judicial o arbitral deberá dar efecto. No obstante, cualquiera de las partes podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial si estima que ese procedimiento es necesario para salvaguardar sus derechos. La apertura de tal procedimiento no pone, de por sí, término al procedimiento conciliatorio.

2. [En la medida en que las partes se hayan comprometido de manera expresa a no entablar [durante cierto plazo o mientras no ocurra algo] un procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia presente o futura, el tribunal judicial o arbitral deberá dar efecto a dicho compromiso [en tanto no se cumplan las condiciones del acuerdo]].

[3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo no serán óbice para que una parte recurra a una autoridad competente solicitándole que designe un árbitro.]

64. El párrafo 1 del artículo 15 se ocupa de la cuestión de si una parte puede entablar un juicio o un procedimiento arbitral en el curso de un procedimiento de conciliación, y en qué medida podrá hacerlo. Con ello se trata de facultar a las partes para recurrir a la vía judicial o arbitral únicamente en supuestos en los que la parte que así obre juzgue que ello es ‘necesario para salvaguardar sus derechos’. Cabe citar, supuesto que imponga la apertura de un proceso ya sea judicial o arbitral, la necesidad de recabar alguna medida cautelar o de evitar que expire algún plazo de prescripción.

65. El párrafo 2 se ocupa de la eficacia o validez del acuerdo entre las partes para recurrir a la conciliación. Con ello se obliga al tribunal judicial o arbitral a no dar curso a litigio o arbitraje alguno si ello supone ruptura del acuerdo entre las partes. El párrafo 2 no menciona la excepción recogida en el párrafo 1 a saber, que una parte podrá entablar un procedimiento judicial o arbitral si lo juzga necesario para salvaguardar sus derechos. [El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de incorporar esa excepción al párrafo 2 del artículo 15.]

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 155 a 158
A/CN.9/468, párrs. 45 a 49

Artículo 16. Actuación del árbitro como conciliador

[No se tendrá por incompatible con su función que sea el árbitro el que sugiera recurrir a la conciliación y, en la medida en que así lo hayan acordado las partes, participe en sus esfuerzos por llegar a un arreglo concertado.]

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/49/17
A/CN.9/468, párrs. 41 a 44
A/CN.9/487, párr. 152
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 29 a 33
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 104

Artículo 17. Ejecutoriedad de la transacción

Variante A

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y si las partes y el conciliador o el grupo de conciliadores firman un arreglo conciliatorio, ese arreglo será vinculante y ejecutorio *[el Estado promulgante agregará aquí disposiciones armonizando la ejecutoriedad de tales arreglos]*.

Variante B

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia, ese arreglo será vinculante y ejecutable al igual que un contrato.

Variante C

De llegar a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia, podrán designar un tribunal arbitral, del que podrán formar parte el conciliador o todo miembro del grupo de conciliadores, y pedir a dicho tribunal que haga constar ese arreglo en forma de un laudo arbitral conforme a lo acordado por las partes.

Variante D

Si las partes llegan a un acuerdo sobre un arreglo de la controversia y si las partes y el conciliador o el grupo de conciliadores firman un arreglo por el que se pone término a la controversia, ese arreglo será vinculante y ejecutorio al igual que un laudo arbitral.

66. La solución legal del problema de la ejecutoriedad de los arreglos concertados en un procedimiento de conciliación puede ser muy variada. Muchos profesionales

del derecho han adelantado el parecer de que la vía de la conciliación ganaría adeptos si se otorgara al arreglo concertado en el curso de la conciliación una fuerza ejecutoria idéntica o similar a la de un laudo arbitral. Se alega como razón para agilizar la ejecutoriedad de estos arreglos la conveniencia tanto de fomentar el recurso a la vía conciliatoria como de evitar situaciones en las que se hayan de perder meses o años para obtener de un tribunal judicial el fallo ejecutorio de un arreglo alcanzado por esta vía.

67. La variante A pretende reflejar el parecer de que las disposiciones legales modelo deben limitarse a enunciar el principio de la ejecutoriedad de todo arreglo conciliatorio, sin tratar de facilitar una solución unificada sobre la manera en que esos arreglos pasan a ser "ejecutorios". Conforme a esta variante, la ejecutoriedad quedaría al arbitrio del derecho interno de cada Estado promulgante.

68. Algunos ordenamientos no han previsto ningún régimen especial para la ejecutoriedad de esos arreglos, con el resultado de que se les aplica el mismo régimen que se aplicaría a cualquier contrato concertado entre las partes. Esta interpretación que asimila su ejecutoriedad a la de un contrato ha sido recogida en algunas leyes relativas a la conciliación. La variante B refleja este criterio. Conforme a esa variante, no será preciso que el arreglo conciliatorio sea firmado por las partes y por el conciliador o el grupo de conciliadores a fin de no interferir con el derecho contractual general mediante la introducción de requisitos de forma especiales para la formación de un acuerdo o contrato de esta índole.

69. En algunos ordenamientos, se faculta a las partes que hayan resuelto su controversia por conciliación a designar un árbitro con la función expresa de que emita un laudo basado en el arreglo concertado por las partes. La variante C se inspira en este criterio, al estar basada en el artículo 30 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI que ofrece un marco procesal básico sobre cómo formular un arreglo conciliatorio en forma de un laudo arbitral.

70. La variante D refleja el parecer de que el arreglo conciliatorio debe ser tratado, a efectos de su ejecutoriedad, al igual que un laudo arbitral. De imponerse, al arreglo conciliatorio, el régimen ejecutorio del laudo arbitral, se estará simplificando y agilizando la ejecutoriedad de esos arreglos. Ello supondría, a grandes rasgos, que el arreglo conciliatorio sería declarado ejecutorio por un tribunal judicial sin entrar a considerar los supuestos de hecho y de derecho en que se basaban (salvo que su ejecución suscite cuestiones de orden público de derecho interno). Esta variante no ofrece, sin embargo, ninguna indicación sobre el procedimiento que se ha de seguir para que el arreglo sea conceptuado como laudo arbitral. El significado de las palabras "ejecutable al igual que un laudo arbitral" puede verse ilustrado por lo dispuesto en mayor detalle por los artículos 30, 35 y 36 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI.

71. En algunos ordenamientos se ha previsto una vía ejecutoria sumaria para el supuesto de que las partes y sus abogados firmen un arreglo conciliatorio que contenga una declaración por la que se faculta a las partes para recabar la ejecución sumaria de su acuerdo. Es además posible que se haya previsto la ejecución sumaria de un arreglo que haya sido, por ejemplo, legalizado por un notario o refrendado por un juez o por la firma del defensor letrado de cada una de las partes. [Según cual sea la decisión del Grupo de Trabajo se procederá o no a incluir estos ejemplos en la Guía para su incorporación al derecho interno para que sirvan de ilustración para

todo Estado que desee incorporar esas medidas en orden a agilizar la ejecución de estos arreglos en su derecho interno].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 38 a 40
A/CN.9/487, párrs. 154 a 159
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 34 a 42
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 105 a 112

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) (A/CN.9/508) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-13	171
II.	Deliberaciones y decisiones	14-17	175
III.	Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje	18-50	176
	A. Disposición legal modelo sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje	18-39	176
	B. Instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras	40-50	181
IV.	Medidas cautelares	51-94	185

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tuvo a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar si era conveniente y factible impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en su conjunto que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y favorable experiencia adquirida en la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a determinar, en el foro universal constituido por la Comisión, si las ideas y propuestas presentadas eran aptas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas aplicables en materia de arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación[2], el requisito sobre la forma escrita del

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párrs. 340 a 343.

acuerdo de arbitraje[3], la ejecutoriedad de las medidas cautelares[4] y la posible ejecutoriedad de un laudo anulado en el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reiteró su mandato al Grupo de Trabajo de que fijara el calendario y el procedimiento para el examen de los temas de su labor futura. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, al fijar las prioridades de los futuros temas de su programa, el Grupo de Trabajo prestara especial atención a lo que fuera viable y práctico, así como a cuestiones que hubieran dado lugar en la jurisprudencia a decisiones inciertas o poco satisfactorias. Como temas eventualmente merecedores de ser examinados por la Comisión se mencionaron, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera señalar, la determinación del significado y de los efectos de la disposición relativa al derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, apartado k) del párrafo 109); la presentación de créditos en un procedimiento arbitral para salvaguardar algún derecho compensatorio y la competencia de un tribunal arbitral al respecto (apartado g) del párrafo 107); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado c) del párrafo 108); la facultad discrecional residual para otorgar ejecutoriedad a un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para denegarla (apartado i) del párrafo 109); y los poderes del tribunal arbitral para otorgar indemnización en forma de intereses (apartado j) del párrafo 107). Se tomó nota con beneplácito de que, en lo referente a los arbitrajes tramitados "en línea" (es decir, tramitados en parte o incluso en su totalidad por medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Respecto de la eventual ejecutoriedad de laudos anulados en el Estado de origen (apartado m) del párrafo 107), se expresó la opinión de que no era previsible que esta cuestión plateara muchos problemas y que la jurisprudencia que la había suscitado no debía considerarse reflejo de una tendencia ya establecida[6].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y Corr.1 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió los progresos realizados hasta esa fecha por el Grupo de Trabajo respecto de las tres principales cuestiones objeto de examen, a saber, el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, la cuestión de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre la conciliación.

5. Respecto de la conciliación, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado los artículos 1 a 16 del proyecto de disposiciones legales modelo (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1). Se previó que el Grupo de Trabajo

[3] Ibíd., párrs. 344 a 350.
[4] Ibíd., párrs. 371 a 373.
[5] Ibíd., párrs. 374 y 375.
[6] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.

concluiría la labor sobre dichas disposiciones en su período de sesiones siguiente. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que siguiera dando prioridad a ese examen con miras a que el instrumento preparado se presentara en forma de proyecto de ley modelo a la Comisión para que lo examinara y aprobara en su 35º período de sesiones, en 2002[7]. En su 35º período de sesiones, celebrado en Viena del 19 al 30 de noviembre de 2001, el Grupo de Trabajo aprobó la versión definitiva del proyecto de disposiciones legales en forma de proyecto de ley modelo sobre conciliación comercial internacional. El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/506. El Grupo de Trabajo señaló que el proyecto de ley modelo y la guía para su incorporación al derecho interno y utilización se enviarían a los Estados miembros y observadores para que los comentaran y se someterían al examen y aprobación de la Comisión en su 35º período de sesiones.

6. En cuanto al requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado el proyecto de disposición legal modelo que revisaba el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (véase A/CN.9/WG.II/WP.113, párrs. 13 y 14) y un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (ibíd., párr. 16). En consonancia con una opinión expresada en el contexto del 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/487, párr. 30), se expresó inquietud en cuanto a si la mera referencia a las cláusulas y condiciones del arbitraje o a un reglamento uniforme de arbitraje disponible en forma escrita podía satisfacer el requisito de la forma escrita. Se afirmó que no debía considerarse que esa referencia cumplía el requisito de forma debido a que el texto escrito al que se remitía no era el acuerdo de arbitraje propiamente dicho, sino un conjunto de reglas de procedimiento para llevar a cabo el arbitraje (es decir, un texto que en la mayoría de los casos existiría previamente al acuerdo y sería el resultado de la acción de personas que no eran parte en el propio acuerdo de arbitraje). Se señaló que en la mayoría de las circunstancias concretas era el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje lo que debía ser objeto de un requisito de escrito que facilitara la presentación ulterior de pruebas respecto de la intención de las partes. Frente a esa inquietud, se estimó en general que si bien el Grupo de Trabajo no debía perder de vista la importancia de ofrecer certeza en cuanto a la intención de las partes de recurrir al arbitraje, también era importante hacer lo posible por facilitar una interpretación más flexible del estricto requisito de forma previsto en la Convención de Nueva York, a fin de no frustrar las expectativas de las partes cuando hubiesen acordado recurrir al arbitraje. A ese respecto, la Comisión tomó nota de la posibilidad de que el Grupo de Trabajo examinara más a fondo el significado y efecto de la disposición sobre el derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención de Nueva York.

7. Con respecto a la cuestión de las medidas cautelares, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto revisado del artículo 17 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el texto del párrafo 1 a) i) de un proyecto de nuevo artículo preparado por la Secretaría para incorporar en esa Ley Modelo (véase A/CN.9/WG.II/WP.113, párr. 18). Se pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su

[7] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 315.

labor sobre la base del proyecto de disposiciones revisado que habría de preparar la Secretaría.

8. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje está integrado por todos los Estados miembros de la Comisión. Asistieron al período de sesiones los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur, Suecia, Tailandia y Uganda.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Australia, Bangladesh, Belarús, Chipre, Croacia, Egipto, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Iraq, Irlanda, Malta, Nigeria, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, Suiza, Turquía y Venezuela.

10. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Corte Centroamericana de Justicia, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Comité Consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Corte Permanente de Arbitraje, American Bar Association, Comité Maritime International, Federación Latinoamericana de Bancos, Global Center for Dispute Resolution Research, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Instituto de Derecho Internacional, Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Escuela de Arbitraje Internacional Queen Mary (Universidad de Londres), Union Internationale des Avocats, The Chartered Institute of Arbitrators y Centro de Resolución de Controversias México-Estados Unidos.

11. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relator: Sr. Koichi MIKI (Japón).

12. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.117) y dos notas de la Secretaría sobre la preparación de disposiciones uniformes relativas a la forma escrita para acuerdos de arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.118) y a las medidas provisionales cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.119).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de textos armonizados sobre la forma escrita de los acuerdos de arbitraje y medidas provisionales de protección.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

14. El Grupo de Trabajo examinó el tema 3 del programa a tenor de los documentos preparados por la Secretaría (véase A/CN.9/WG.II/WP.118 y A/CN.9/WG.II/WP.119). Sus deliberaciones y conclusiones al respecto quedan recogidas en los capítulos III y IV *infra*. Se pidió a la Secretaría que, basándose en las deliberaciones del Grupo de Trabajo, preparara un proyecto de disposiciones revisado para continuar el examen más adelante.

15. Con respecto al requisito de la forma escrita para acuerdos de arbitraje, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposición legal modelo por el que se revisaba el texto del párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje (véase A/CN.9/WG.II/WP.118, párr. 9). Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposición revisado sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo para que fuera examinado en un futuro período de sesiones. El Grupo de Trabajo analizó también un proyecto de instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (ibíd., párrs. 25 y 26). El Grupo de Trabajo reconoció que en esos momentos no podía lograr un consenso con respecto a la preparación de un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York, y que ambas opciones debían mantenerse abiertas al examen del Grupo de Trabajo o de la Comisión en una etapa ulterior. Mientras tanto, el Grupo de Trabajo convino en que sería conveniente ofrecer orientación sobre la interpretación y la aplicación de los requisitos relativos a la forma escrita en la Convención de Nueva York con miras a lograr una mayor uniformidad. Podía realizarse una valiosa contribución con este fin en la guía para la incorporación en el derecho interno del proyecto de nuevo artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que se había encargado a la Secretaría que preparara para someter posteriormente al examen del Grupo de Trabajo, estableciendo un vínculo armonioso entre las nuevas disposiciones y la Convención de Nueva York, a reserva de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor forma de abordar la aplicación del párrafo 2) del artículo II de la Convención.

16. Con respecto a las cuestiones relativas a las medidas cautelares, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de texto para la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (véase A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74). Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposiciones revisado sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo para examinarlo en un futuro período de sesiones. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó un proyecto revisado de un nuevo artículo preparado por la Secretaría para incorporar en la Ley Modelo, relativo a la cuestión de la ejecución de las medidas provisionales cautelares dictadas por un tribunal arbitral (ibíd., párr. 83).

17. Se observó que, a reserva de la decisión que adoptara la Comisión en su período de sesiones siguiente, estaba previsto celebrar el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo en Viena del 7 al 11 de octubre de 2002.

III. Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje

A. Disposición legal modelo sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

18. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

1. El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se considerará "forma escrita" cualquier forma en que quede constancia [tangible] del acuerdo o en que éste sea accesible [de algún otro modo] como mensaje de datos para su ulterior consulta.

[3. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.]

4. A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2 se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje o los términos y condiciones de arbitraje o cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje están por escrito, aunque el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se haya perfeccionado de palabra, o mediante actos u otros indicios no escritos.

5. Además, se considerará que un acuerdo de arbitraje figura por escrito si está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un texto que contenga una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje, siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

[7. A los efectos del artículo 35, los términos y condiciones de arbitraje escritos, junto con cualquier escrito que contenga tales términos y condiciones o que los incorpore por remisión, constituirán el acuerdo de arbitraje.]"

Párrafo 1

19. Se señaló que el párrafo 1, que reproducía sin cambios el texto del párrafo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, "la Ley Modelo sobre Arbitraje"), preveía en su segunda oración dos tipos de acuerdo de arbitraje: el acuerdo en forma de cláusula compromisoria de un contrato y el acuerdo de arbitraje independiente. No se consideró polémica esta disposición. Sin embargo, se sugirió al Grupo de Trabajo la posibilidad de examinar y, en su caso, revisar el enunciado actual de la segunda oración a fin de ajustarlo al contenido del párrafo 4. En particular, se dijo que en el párrafo 4 se hacía

implícitamente una distinción entre, por un lado, un acuerdo de arbitraje y, por otro, los términos y las condiciones del arbitraje o sus reglas. Así pues, el párrafo 4 parecía regular supuestos que no entraban estrictamente en los tipos de acuerdo de arbitraje mencionados en el párrafo 1.

20. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1 y, tras tomar nota de las observaciones hechas al respecto, decidió tomarlas en consideración una vez examinado el párrafo 4.

Párrafo 2

21. El Grupo de Trabajo examinó diversas observaciones y propuestas relativas al contenido y a la forma del párrafo 2. Con respecto al fondo del párrafo se hicieron observaciones principalmente sobre la relación entre los conceptos de “constancia” y “mensaje de datos” y sobre la relación entre los párrafos 2, 3 y 4. En cuanto a la forma, se pidió que la disposición fuera lo suficientemente clara para dar a entender inequívocamente que los acuerdos de arbitraje podían tener validez aunque no figuraran sobre papel y se concertaran, por ejemplo, por medios electrónicos.

22. El Grupo de Trabajo observó que el concepto de “constancia”, empleado en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, no estaba específicamente encaminado a facilitar la utilización de medios electrónicos de comunicación. Por consiguiente, el texto del proyecto de párrafo 2 se había redactado siguiendo la pauta de disposiciones de dos textos más recientes de la CNUDMI: el párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, que dispone que “se puede emitir una promesa en cualquier forma por la que se deje constancia del texto de la promesa [...]”; y el párrafo 1 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que establece que “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”.

23. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente la distinción conceptual entre “constancia” y “mensaje de datos” y la conveniencia de combinar los dos conceptos en una única disposición. El Grupo de Trabajo convino en que se debía conservar el concepto de “constancia” utilizado en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, sin limitarse a las constancias “tangibles”. Algunos de los oradores opinaron que el término “constancia” podría ser suficiente, pues era tan amplio que abarcaba los “mensajes de datos”, particularmente si estaba vinculado a la definición de una forma “en que éste sea accesible de algún otro modo como mensaje de datos para su ulterior consulta”. No obstante, otros oradores observaron que el término “constancia” podía plantear problemas de traducción en los diversos idiomas oficiales y crear dificultades en los ordenamientos jurídicos donde no se hacía hincapié en los conceptos de “constancia” o “constancia comercial” en el derecho mercantil. Predominó la opinión de que en general la disposición era correcta y de que era importante combinar el concepto tradicional de “constancia” con el concepto más innovador de “mensaje de datos”, a fin de puntualizar que los documentos tradicionales con soporte de papel no eran la única forma aceptable de dejar constancia de un acuerdo de arbitraje.

24. Algunos oradores consideraban innecesaria la frase “o en que éste sea accesible como mensaje de datos para su ulterior consulta”. Predominó la opinión

de que era esencial en el contexto del párrafo 2, dado que enunciaba las condiciones en que los mensajes de datos, incluidos los mensajes de datos, podían cumplir los requisitos sobre la forma escrita establecidos por la ley.

25. Tras convenir en que el párrafo 2 hiciera referencia tanto a "constancia" como a "mensajes de datos", el Grupo de Trabajo pasó a examinar diversas propuestas de redacción. Una de las propuestas fue modificar la segunda oración del párrafo 2) de la siguiente manera: "Se considerará forma 'escrita' o 'por escrito' cualquier forma en que quede constancia del acuerdo de alguna manera [para su ulterior consulta]". El Grupo de Trabajo convino finalmente en modificar la segunda oración del párrafo 2 del modo siguiente: "Se considerará 'forma escrita' cualquier forma, sin excluir en modo alguno los mensajes de datos, en que quede constancia del acuerdo o en que éste sea accesible para su ulterior consulta".

Párrafo 3

26. El Grupo de Trabajo consideró que era necesario que en el texto figurara una definición de "mensaje de datos", ya que esa expresión aparecía en el párrafo 2 y decidió mantener la disposición en el texto quitándole los corchetes.

Párrafos 4 y 6

27. Hubo acuerdo general en que uno de los principales objetivos de la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje debería ser el reconocimiento de la validez formal de los acuerdos de arbitraje concertados en determinadas situaciones, respecto de los cuales los tribunales y los comentaristas difirieran en cuento a si se cumplía o no el requisito de forma enunciado en el texto actual del párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo. Entre esas situaciones, el Grupo de Trabajo se concentró en las siguientes: a) el caso en que un contrato de salvamento marítimo fuera concertado verbalmente por radio mediante una remisión a un modelo de formulario contractual ya existente que contuviera una cláusula de arbitraje, como ocurría con el *Lloyd's Open Form*; b) los contratos concertados por su cumplimiento o por indicios al respecto (por ejemplo, una venta de bienes en virtud del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías), con remisión a un formulario modelo con cláusula de arbitraje, como los documentos redactados por la *Grain and Food Trade Association* (GAFTA); c) los contratos concertados verbalmente pero confirmados ulteriormente por escrito o de algún otro modo a través de un documento escrito que contuviera una cláusula compromisoria, como las condiciones generales de venta o adquisición establecidas unilateralmente por una parte y comunicadas a la otra; y d) los contratos puramente verbales. Como principio general, hubo amplio acuerdo sobre los casos a) a c) y al hecho de que la remisión u otro vínculo con un documento contractual escrito que contuviera una cláusula de arbitraje habría de ser suficiente para establecer la validez formal del acuerdo de arbitraje. También se convino en que un acuerdo de arbitraje puramente verbal no debería considerarse formalmente válido en virtud de la Ley Modelo. En ese contexto, varias delegaciones observaron que la mera referencia a un contrato verbal en un conjunto de reglas de arbitraje no debería considerarse suficiente para dar por cumplido el requisito sobre la forma escrita, pues no habría que equiparar un simple conjunto de reglas de procedimiento a un documento contractual con cláusula de arbitraje. No obstante, algunas

delegaciones expresaron la opinión de que la referencia en un contrato verbal a un conjunto de reglas de arbitraje dejaba suficiente constancia de la existencia y del contenido del acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, debería aceptarse.

28. Se expresaron dudas sobre si el proyecto de párrafo 4 expresaba el criterio general antes mencionado. Se señaló que la frase "El requisito de forma escrita ... se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje ... [está] por escrito" era una tautología. Además, se expresó el temor de que la expresión "los términos y condiciones de arbitraje" fueran confusos y crearan el riesgo de incompatibilidad entre los proyectos de párrafo 4 y 1. En cuanto a la frase "cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje", se objetó que no tenía en cuenta la necesidad de que el acuerdo de arbitraje fuera suficientemente manifiesto para minimizar el riesgo de que una parte se viera obligada a someterse a arbitraje contra su voluntad. También se expresaron dudas sobre si el párrafo 4 se ajustaba razonablemente a las disposiciones de la Convención de Nueva York.

29. Con miras a paliar las preocupaciones expresadas, se propuso la siguiente enmienda del párrafo 4: "A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2 se considerará cumplido si: a) el acuerdo de arbitraje propiamente dicho se ha efectuado por escrito; o b) las partes han concertado un contrato válido que contenga, directamente o por remisión, una cláusula escrita que prevea el arbitraje". También se propuso la siguiente enmienda "A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2 se considerará cumplido si figura por escrito la cláusula compromisoria, aunque el contrato se haya concertado verbalmente o mediante actos u otros indicios no escritos".

30. No obstante, se consideró en general que, para apoyar el criterio antes mencionado, no habría que recurrir al proyecto de párrafo 4, sino al proyecto de párrafo 6. Se advirtió que no convenía revisar el texto del proyecto de párrafo 6), que ya figuraba en el artículo 7 de la Ley Modelo y que, según la opinión general, regulaba la situación en que el contrato no mencionaba directamente el arbitraje pero lo incorporaba al texto por remisión a otro documento, como un formulario modelo, que sí contenía una cláusula de arbitraje. Se indicó que la última oración del párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, en que se basaba el párrafo 6, se interpretaba actualmente sin perjuicio del requisito sobre la forma escrita establecido con respecto al acuerdo de arbitraje.

31. Tras el debate, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el párrafo 4 y se enmendara el párrafo 6 del modo siguiente: "A fin de evitar dudas, la referencia hecha en un contrato o en un acuerdo de arbitraje independiente a un escrito que contenga una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje, siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato o del acuerdo de arbitraje independiente, prescindiendo de si el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se han concertado verbalmente o mediante actos u otros indicios no escritos". Se convino asimismo en insertar en la guía para la incorporación de la disposición legal modelo al derecho interno explicaciones detalladas sobre el significado y la interpretación recomendada del texto revisado del párrafo 6.

Párrafo 5

32. Se propuso suprimir el proyecto de párrafo por varias razones. En primer lugar, se dijo que la referencia a "intercambio de escritos de demanda y

contestación" era vaga y podía inducir a error, ya que, por ejemplo, la referencia a la existencia de un acuerdo de arbitraje por lo general se hacía a menudo en una etapa anterior del procedimiento arbitral, como podía ser al enviarse una notificación de arbitraje, con arreglo al artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En segundo lugar se señaló que no se necesitaba ninguna otra disposición, habida cuenta de que el asunto abordado en el proyecto de párrafo ya se trataba en el artículo 4 y en el párrafo 2 del artículo 16 de la Ley Modelo sobre Arbitraje. Por último, se subrayó que el proyecto de párrafo era demasiado restrictivo, ya que preveía únicamente el supuesto de que una de las partes alegara expresamente la existencia de un acuerdo de arbitraje, sin mencionar el supuesto frecuente de que una parte se limitara a presentar su demanda ante un tribunal arbitral sin alegar expresamente que existía dicho acuerdo.

33. Otro argumento a favor de la supresión del proyecto de párrafo fue que su tema se refería básicamente a que una de las partes renunciara a su derecho a impugnar la competencia del tribunal arbitral y no a la formación en sí de un acuerdo de arbitraje. En ese sentido, no parecía apropiado que el contenido del proyecto de párrafo figurara en el proyecto de artículo 7. De todos modos, si se optara por mantener esa disposición, se propuso que por lo menos se la modificara en los siguientes términos: "Se considerará que las partes han concertado un acuerdo de arbitraje válido si no se impugna a su debido tiempo la competencia del tribunal arbitral".

34. Sin embargo, prevaleció la opinión de que se mantuviera el proyecto de párrafo. Se dijo que el artículo 4 de la Ley Modelo sobre Arbitraje trataba de un supuesto distinto del abordado en el proyecto de párrafo, por lo que éste constituía un complemento útil de esa Ley. El artículo 4 no trataba de la existencia del acuerdo de arbitraje, sino únicamente de la renuncia por una de las partes a su derecho a presentar una objeción, basada en un presunto incumplimiento de alguna disposición de la Ley que estuviera sujeta a la autonomía contractual de las partes o de algún requisito del acuerdo de arbitraje, caso de proseguir esa parte el arbitraje sin presentar su objeción sin demora injustificada o, de existir un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo. El proyecto de párrafo 5 era necesario, dado que el alcance restringido del artículo 4 de la Ley Modelo no permitía que se interpretara el intercambio de escritos de demanda y contestación como presunción válida de la existencia de un acuerdo de arbitraje, sin prueba manifiesta de su existencia.

35. Se señaló asimismo que el proyecto de párrafo tenía un precedente en la aplicación del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados ("Convenio de Washington"), que en la práctica se interpretaba en el sentido de que la notificación de arbitraje presentada por un inversionista extranjero ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones hacía, en ciertas circunstancias, innecesaria la existencia de un acuerdo especial de arbitraje.

Párrafo 7

36. Se recordó que se había decidido que el párrafo 7 figurara entre corchetes hasta que se debatiera más a fondo la cuestión de si el contenido de la disposición debía figurar en el artículo 7 o en una enmienda del artículo 35. Se recordó asimismo que el párrafo 2 del artículo 35 de la Ley Modelo reflejaba el artículo IV

de la Convención de Nueva York. Por consiguiente, toda alteración del texto actual del artículo 35 requeriría una labor suplementaria para enmendar la Convención de Nueva York o para ofrecer algún medio que permitiera obtener una interpretación uniforme pero innovadora del artículo IV de dicha Convención.

37. Se expresó la opinión de que cabía resolver de forma más adecuada la cuestión tratada en el proyecto de párrafo 7 si se revisaban tanto el artículo 35 de la Ley Modelo como el artículo IV de la Convención de Nueva York. Se señaló que esa cuestión se regía por el principio de que la carga de la prueba respecto de la existencia y el contenido del acuerdo arbitral recaía en la persona que pedía la ejecución del laudo. Ese principio no cambiaría, aun si se eliminaba el requisito formal de presentación del original del acuerdo de arbitraje por escrito. Así pues, se propuso que se suprimiera toda referencia al acuerdo de arbitraje en el párrafo 2 del artículo 35 y se modificara en consecuencia el artículo IV de la Convención de Nueva York.

38. Hubo expresiones de apoyo al referido principio. Se señaló además que el cambio de redacción propuesto del proyecto de artículo 35 tendría la ventaja de obviar la necesidad de que la parte que pedía la ejecución del laudo presentara las "condiciones de arbitraje" o cualquier otro documento que indujera a los tribunales a investigar la existencia de un acuerdo de arbitraje sin que se hubieran impugnado las decisiones del tribunal de arbitraje, lo que podría retrasar innecesariamente la ejecución del laudo.

39. No obstante, hubo objeciones contra la modificación propuesta del proyecto de artículo 35, basadas en que su enmienda podía obligar a revisar el artículo IV de la Convención, con lo cual se anticiparía el resultado de las futuras deliberaciones sobre la conveniencia de preparar un protocolo de la Convención (véanse los párrafos 42 a 50 *infra*). Como variante de la modificación propuesta del artículo 35 de la Ley Modelo, se propuso suprimir el párrafo 7 y añadir al final del párrafo 6 una oración del tenor siguiente: "En ese caso, a los efectos del artículo 35, el escrito en el que figure una cláusula compromisoria constituirá el acuerdo de arbitraje". Los patrocinadores de la propuesta indicaron que esa redacción era compatible con la Convención de Nueva York. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó la propuesta.

B. Instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

40. Se recordó que en su 34º período de sesiones el Grupo de Trabajo había examinado un anteproyecto de instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York y pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado de ese instrumento, teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo, para examinarlo en algún período ulterior de sesiones (A/CN.9/487, párr. 18).

41. En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió el examen de ese asunto sobre la base del texto del proyecto de declaración aprobado por el

Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones (véase A/CN.9/487, párr. 63). El texto era el siguiente:

"*Declaración relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958*

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

1. *Recordando* la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

2. *Consciente* de que la Comisión incluye a los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo y a países desarrollados y en desarrollo,

3. *Recordando* las sucesivas resoluciones en que la Asamblea General reiteradamente afirmó el mandato de la Comisión, como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo,

4. *Consciente* de su mandato de impulsar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional promoviendo, entre otras cosas, medios para asegurar una interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional,

5. *Convencida* de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha supuesto un logro importante para la promoción del imperio de la ley, especialmente en el ámbito del comercio internacional,

6. *Recordando* que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia 'considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado ...',

7. *Preocupada* por las diferentes interpretaciones del párrafo 2 del artículo II de la Convención, que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención,

8. *Animada del deseo* de promover una interpretación uniforme de la Convención a la luz del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y del comercio electrónico,

9. *Convencida* de que es necesaria la uniformidad en la interpretación de la expresión 'acuerdo por escrito' para que exista una mayor certidumbre en las transacciones comerciales internacionales,

10. *Considerando* que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación,

11. *Teniendo en cuenta* instrumentos jurídicos internacionales posteriores, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico,

12. [*Recomienda*] [*Declara*] que la definición de 'acuerdo por escrito' que figura en el párrafo 2 del artículo II de la Convención [se entienda] [será entendida] como incluyendo [una nueva formulación inspirada en el texto revisado del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional][a]."

42. En vista de la labor efectuada en el actual período de sesiones en lo relativo al proyecto de un nuevo artículo 7 para la Ley Modelo sobre Arbitraje, el Grupo de Trabajo decidió que convendría volver a examinar las diversas opciones existentes para resolver las dificultades planteadas por la aplicación práctica del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, antes de entrar a considerar el proyecto de instrumento interpretativo revisado. Las opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo al respecto se repartieron básicamente entre las dos propuestas que se resumen a continuación.

43. Se abogó firmemente a favor del parecer de que no bastaba con un instrumento interpretativo para resolver los problemas prácticos y la discordancia actual en la aplicación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, por lo que el Grupo de Trabajo debería centrar su labor en la preparación de un protocolo por el que se enmendara la Convención de Nueva York. Se dijo que un instrumento interpretativo de la índole prevista carecería de fuerza vinculante en el derecho internacional, por lo que era poco probable que fuera observado en la interpretación de la Convención de Nueva York. Se señaló que, al carecer dicho instrumento de fuerza vinculante, era dudoso que surtiera algún efecto práctico en orden a obtener una interpretación uniforme de la Convención de Nueva York.

44. Se dijo, además, que el riesgo de que se incrementara esa discordancia interpretativa a resultas de la existencia, al menos durante cierto período, de dos grupos de Estados parte en la Convención de Nueva York, a saber, el grupo de aquellos Estados que aceptaban únicamente esa Convención en su forma original y el de aquellos que dieran también su adhesión a su protocolo de enmienda, era un argumento poco convincente para desechar la solución de preparar un protocolo de enmienda de dicha Convención. Se dijo que existía ya, de hecho, cierta discordancia en la aplicación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, que no cabría eliminar mediante la adopción de un instrumento interpretativo de índole no vinculante. Para uniformar la interpretación y la aplicación de esa Convención era preciso aprobar un protocolo de enmienda del artículo II, y tal vez del artículo IV.

45. Otro argumento aducido a favor de un protocolo de enmienda hizo hincapié en la distinción entre modificar un texto en vigor o limitarse a aclarar su interpretación. Se dijo que no procedía utilizar un instrumento interpretativo para declarar que el párrafo 2 del artículo II de la Convención debería ser interpretado con el significado del nuevo texto que estaba preparando el Grupo de Trabajo para el artículo 7 de la Ley Modelo. Se dijo que el proyecto de texto legal que el Grupo de Trabajo estaba

[a] De conformidad con lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones, el texto del proyecto de párrafo 12 fue preparado por la Secretaría, que lo sometió al examen del Grupo de Trabajo en el párrafo 27 del documento A/CN.9/WG.II/WP.118.

preparando difería notablemente del párrafo 2 del artículo II, en el sentido de que, por ejemplo, se consideraría como válido todo acuerdo verbal por el que se remitiera a unas condiciones de arbitraje consignadas por escrito, mientras que ese mismo acuerdo no sería válido con arreglo a la interpretacion dada, en muchos ordenamientos, al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York. A ese respecto, algunos oradores expresaron el parecer de que el recurso al artículo VII de la Convención de Nueva York, que permitía, de hecho, que todo Estado contratante de la misma aplicara cualquier disposición más favorable de su derecho interno, o dimanante de sus obligaciones convencionales internacionales, en apoyo de un acuerdo de arbitraje o de un laudo arbitral, no serviría para uniformar la aplicación del requisito de la forma escrita enunciado en el párrafo 2 del artículo II de la Convención.

46. El parecer contrario, que fue asimismo firmemente respaldado, fue que toda enmienda oficial, o protocolo de enmienda, de la Convención de Nueva York agravaría probablemente la falta actual de armonía en su interpretación, ya que la preparación de ese protocolo o enmienda, por un número elevado de países, llevaría tiempo durante el cual la incertidumbre sería aún mayor. Por esa razón, cierto numero de delegaciones estimaron que ese enfoque era poco práctico. Dado el éxito evidente de la Convención de Nueva York, reflejado en la cifra inaudita de ratificaciones, cabía considerar que ese instrumento constituía la piedra angular del arbitraje comercial internacional, por lo que se había de obrar con la máxima cautela a la hora de alterar su texto. Esa cautela habría de ser aún mayor si se consideraba la índole soberana de la conferencia diplomática que se habría de convocar para examinar las propuestas de enmienda de su texto, la cual no se sentiría vinculada por el alcance limitado de las enmiendas actualmente consideradas por el Grupo de Trabajo. El resultado potencialmente beneficioso de incrementar la certeza en el ámbito relativamente circunscrito del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York había de ser sopesado contra el riesgo imponderable de someter de nuevo a examen la totalidad del texto de esa Convención.

47. Se dijo que otro problema inherente a la preparación de un protocolo de enmienda de la Convención de Nueva York sería el riesgo de perturbar la interpretación liberal que ya se daba en algunos ordenamientos al párrafo 2 del artículo II. Se expresó el parecer de que el mero hecho de emprender esa tarea de modificación de la Convención de Nueva York daría a entender que su texto no se prestaba a una interpretación que fuera conforme al nuevo texto del artículo 7 de la Ley modelo sobre Arbitraje que preparaba actualmente el Grupo de Trabajo. Se dijo que, por el contrario, el hecho de formular una aclaración, por medio de un instrumento interpretativo, constituía un reconocimiento implícito de que el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York se prestaba a más de una interpretación divergente, y que la Comisión, que podía considerarse una autoridad persuasiva en muchos países, podía recomendar una interpretación liberal de su texto.

48. Se observó, además, que la dificultad inherente a toda enmienda de la Convención de Nueva York, o a la preparación de un protocolo al respecto, había sido extensamente examinada por el Grupo de Trabajo en anteriores períodos de sesiones, y que el Grupo de Trabajo había decidido, en vista de esas dificultades, preparar un instrumento meramente interpretativo.

49. El Grupo de Trabajo examinó a fondo los diversos argumentos aducidos en favor de una u otra propuesta y reconoció que no podía, en la etapa actual, llegar a un consenso sobre si procedía preparar un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York, por lo que ambas opciones seguirían abiertas para su examen por el Grupo de Trabajo o la Comisión en una etapa ulterior. Entre tanto, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil impartir directrices sobre la interpretación y aplicación del requisito de la forma escrita en la Convención de Nueva York con miras a lograr un mayor grado de uniformidad. Cabría hacer una contribución valiosa al respecto en la guía para la promulgación del nuevo artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, que se había pedido a la Secretaría que preparara para su futuro examen por el Grupo de Trabajo, estableciendo un vínculo armonioso entre las nuevas disposiciones y la Convención de Nueva York, a reserva de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor forma de abordar la aplicación del párrafo 2 del artículo II de la Convención.

50. Si bien no se objetó nada contra esa línea de acción, se expresó el parecer de que el mero hecho de tratar de resolver esta cuestión en una guía para la promulgación de un nuevo texto del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje parecía condicionar el examen de la posibilidad de preparar un protocolo de enmienda de la Convención de Nueva York. Se dijo que sería contraproducente suscitar cuestiones relativas a la Convención de Nueva York en una guía para la promulgación (texto auxiliar de valor jurídico dudoso) de una nueva disposición de dicha Ley Modelo, que era a su vez un texto carente de todo valor jurídico vinculante. Se dijo que sería preferible no intentar resolver en modo alguno las cuestiones suscitadas por la interpretación del requisito de la forma escrita con arreglo a la Convención de Nueva York. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas observaciones.

IV. Medidas cautelares

51. El Grupo de Trabajo siguió examinando el proyecto de artículo 17 de la ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que contenía una definición de las medidas cautelares y disposiciones adicionales sobre medidas cautelares otorgables a instancia de una sola parte. El texto que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> “1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de éstas, ordenar a cualquiera de ellas que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias [respecto del objeto del litigio].
>
> 2. La parte que solicita la medida cautelar debe probar que:
>
> a) Existe una necesidad urgente de adoptar la medida;
>
> b) El hecho de no adoptar la medida redundará en perjuicios considerables; y
>
> c) Existe la posibilidad de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio principal.
>
> 3. El tribunal arbitral puede exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantía apropiada en relación con la medida.

4. Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal [, establecida en forma de laudo arbitral o de otra forma,] dictada por el tribunal arbitral antes de pronunciar el laudo en virtud del cual se dirima la controversia definitivamente. A efectos del presente artículo, serán medidas cautelares:

Variante 1

a) Las medidas encaminadas a mantener el statu quo en espera de que haya un pronunciamiento sobre las cuestiones que se disputan;

b) Las medidas encaminadas a establecer un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo; o

c) Las medidas encaminadas a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente.

Variante 2

a) Medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo las pérdidas, daños o perjuicios; o

b) Medidas encaminadas a facilitar la ejecución ulterior de un laudo.

5. El tribunal arbitral, de ser necesario para garantizar que una medida cautelar sea eficaz, puede decretar una medida [por un plazo máximo de [...] días] [sin informar a la parte contra la que ésta se invoque] [antes de que la parte contra la que ésta se invoque haya tenido oportunidad de responder] únicamente si:

a) Es necesario garantizar que la medida sea eficaz;

b) El peticionario otorga garantía apropiada en relación con la medida;

c) El peticionario puede demostrar la necesidad urgente de la medida; y

d) [La medida está respaldada por la preponderancia de razones para determinar su equidad].

[6. La parte contra la que se invoque la medida prevista en el párrafo 5 será notificada de ésta y tendrá la posibilidad de ser escuchada lo antes posible.]

7. Una medida dictada en virtud del párrafo 5 se podrá prorrogar o modificar una vez que se haya informado a la parte contra la que se invoca y ésta haya tenido la posibilidad de responder.

[8. Una medida cautelar se podrá modificar o podrá cesar [a petición de una de las partes] si las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2 han cambiado después de que se haya dictado.]

[9. La parte que solicitó la medida cautelar informará sin demora al tribunal, a partir del momento de la petición, de todo cambio importante de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2.]”

Párrafo 1

52. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta de que se suprimiera el texto entre corchetes. Se dijo que cabía interpretar ese texto en sentido restrictivo, por ejemplo, que indicaba que el tribunal arbitral sólo podría dictar medidas cautelares que guardaran una relación directa con los bienes en litigio. Se respondió a ese argumento que se utilizaban palabras similares en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que convendría mantenerlas en el proyecto de artículo 17 por razones de compatibilidad. Se señaló que en el Reglamento estaba previsto que esas palabras se interpretaran libremente por lo que no habían impedido que los tribunales arbitrales dictaran en la práctica las medidas cautelares apropiadas para cada caso. Por consiguiente, se sugirió mantener en el párrafo 1 ese texto entre corchetes.

53. No obstante, prevaleció la opinión en el Grupo de Trabajo de suprimir ese texto, puesto que podía restringir indebidamente la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares (por ejemplo, podía interpretarse que excluía toda medida de congelación de bienes que no fueran directamente objeto de litigio).

54. Sin embargo, el Grupo de Trabajo hizo hincapié en que la simplificación del texto del párrafo 1 no implicaba que el texto actual del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje o del artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI excluyera las medidas que no guardaran relación directa con los bienes en litigio.

Párrafo 2

55. Se expresó apoyo general en pro de la estructura y el contenido del párrafo 2. Se hicieron varias observaciones y sugerencias para mejorar el texto. Respecto de la frase introductoria, se cuestionó la conveniencia de que el párrafo estuviera redactado en función de obligaciones de carácter vinculante para el peticionario de la medida cautelar. Otra posibilidad sería que se indicaran los criterios que el tribunal arbitral habría de aplicar para determinar si procedía o no otorgar las medidas cautelares solicitadas. Se sugirió también redactar este párrafo en términos más neutros, disponiendo, por ejemplo, que sólo se podrá dictar una medida cautelar si se cumplen determinadas condiciones. El Grupo de Trabajo consideró que tal vez fuera necesario examinar las distintas opciones propuestas en un período de sesiones futuro. Hubo consenso en que en el texto inglés debía sustituirse la palabra “should” por una palabra que denotara una obligación más estricta, como “shall” o “must”. Respecto de la palabra “probar”, se señaló que la disposición no afectaría a las distintas normas de la prueba que fueran aplicables en distintas jurisdicciones o en el interior de una misma jurisdicción. Se dijo asimismo que una obligación de “probar” podría resultar demasiado engorrosa para la obtención de medidas cautelares. Se propuso, entonces, sustituir ese término por otro más neutro, como “demostrar”, “determinar” o “hacer ver”.

56. Respecto del apartado b), el parecer general fue que la disposición debía basarse en un “equilibrio de conveniencia”, o sea, que se sopesara el perjuicio que sufriría el demandante de la medida cautelar si ésta no se concedía contra el perjuicio que sufriría la parte frente a la que se invocaba esa medida, si ésta se dictaba. Se señaló además que el término “considerables”, de connotación cuantitativa, podía generar incertidumbre en cuanto a qué grado de perjuicio cabía entender que era lo bastante “considerable” como para justificar la imposición de

una medida cautelar. Se propuso utilizar en su lugar la frase "perjuicios irreparables", cuyas connotaciones eran más cualitativas.

57. Respecto del apartado c), se dijo que convendría sustituir la palabra "posibilidad" por "notable probabilidad". Al final de las deliberaciones, se debatió si cabría decretar medidas cautelares en el caso de que los requisitos de los apartados a), b) y c) fueran excluyentes. Se convino en que el Grupo de Trabajo tal vez tuviera que determinar en un período de sesiones futuro si debían cumplirse todos los requisitos de esos tres apartados o si eran alternativos.

58. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que, al formular una versión revisada del párrafo 2 para que fuera examinada en un período de sesiones futuro, la Secretaría tuviera en cuenta, además de otras posibles variantes, el texto siguiente:

"2. Variante A

La parte que solicite una medida cautelar deberá [hacer ver] [demostrar] [probar] [determinar] que:

Variante B

El tribunal arbitral decretará una medida cautelar sólo si se ha cerciorado de que:

Variante C

Podrá imponerse una medida cautelar únicamente cuando:

a) Variante X

Exista una necesidad [urgente] de esa medida;

Variante Y

La medida cautelar solicitada sea necesaria en las circunstancias particulares del caso;

b) La parte peticionante [vaya a sufrir] [probablemente sufra] perjuicios irreparables si no se dicta la medida cautelar y esos perjuicios sean notablemente superiores a los perjuicios, de haber alguno, que [se vaya] [se pueda] ocasionar a la parte frente a la que se haya pedido la medida cautelar; [y] [o]

c) Exista una probabilidad importante de que prosperen los argumentos del peticionario de la medida sobre el fondo de la [controversia] [litigio]."

Párrafo 3

Referencia a "el tribunal arbitral puede exigir"

59. Se sugirió que se hiciera obligatorio el depósito de alguna forma de garantía respecto de las medidas cautelares solicitadas a fin de amparar debidamente a la parte que pudiera ser objeto de esas medidas y de reducir el riesgo de un recurso abusivo a dichas medidas.

60. Prevaleció, no obstante, el parecer de que, si bien el hecho de otorgar garantía era la norma aplicable a las medidas cautelares, no debía hacerse obligatorio. Se señaló al respecto que, en algunos ordenamientos, la cuestión de si se había de depositar o no garantía pudiera no depender de una decisión del tribunal arbitral, sino de la autoridad competente para ejecutar la medida cautelar. Se dijo asimismo que, en la práctica, podría haber situaciones en las que la parte solicitante de una medida cautelar no estuviera en condiciones de otorgar una garantía adecuada, por ejemplo, si esa parte había sido privada indebidamente de fondos por la otra parte. A título de política legislativa, se opinó que sería preferible dejar este asunto al arbitrio de lo que decidiera el tribunal arbitral.

61. La propuesta de que se insertara al final de este párrafo, para más claridad, la frase "si es probable que la parte frente a la que se solicite la medida vaya a ser perjudicada por la imposición de la misma" no obtuvo suficiente apoyo, al considerar el Grupo de Trabajo que la finalidad para la que pudiera exigirse una garantía no era únicamente la de amparar a la parte afectada frente a los posibles daños ocasionados por la medida cautelar solicitada.

Referencia a "cualquiera de las partes"

62. Se preguntó cuál era el significado exacto de las palabras "cualquiera de las partes" en el proyecto de párrafo. Algunos oradores juzgaron que esas palabras resultaban demasiado vagas, por lo que sugirieron que se sustituyeran por una fórmula más precisa, como la de "la parte que solicite la medida cautelar". El Grupo de Trabajo no se mostró, sin embargo, favorable a sustituir esas palabras por otras. Se opinó que las palabras "cualquiera de las partes" ofrecían el grado deseable de flexibilidad para ser aplicables, por ejemplo, a la presentación de garantías sustitutivas por la parte frente a la que se solicitaba la medida, a fin de evitar que se le impusiera.

63. A reserva de todo cambio lingüístico requerido para garantizar la compatibilidad de las versiones en los diversos idiomas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo. Se sugirió que las deliberaciones quedaran reflejadas en la guía para la promulgación de la disposición legal modelo.

Párrafo 4

64. A título general, se sugirió que, dado que en el proyecto de párrafo 4 se definía el alcance de las medidas cautelares, su texto debería figurar inmediatamente a continuación del proyecto de párrafo 1). Esa sugerencia fue aprobada por el Grupo de Trabajo.

Referencia a "[, establecida en forma de laudo arbitral o de otra forma,]"

65. El Grupo de Trabajo inició el examen del contenido del proyecto de párrafo examinando una propuesta de que se suprimiera por completo la frase que aparecía entre corchetes. Se adujo a favor de esta propuesta que esa frase no era necesaria, dado que la variedad de medidas a las que pudiera referirse ese texto estaban ya previstas por las palabras "toda medida de carácter temporal". El Grupo de Trabajo no aprobó esa propuesta por entender que la frase considerada añadía un elemento de fondo al proyecto de párrafo, al aclarar que, según cuales fueran las circunstancias del caso y el derecho interno del foro, cabía prever que las medidas

cautelares fueran decretadas de diversa forma. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las enmiendas propuestas a esa frase.

66. Se sugirió también sustituir “laudo arbitral” por “laudo parcial o provisional”. Se adujo a favor de esta propuesta que normalmente se entendía por “laudo arbitral” el laudo definitivo emitido en un procedimiento arbitral, mientras que la imposición de medidas cautelares, aun cuando se hiciera en forma de un laudo, solía efectuarse en forma de mandato o de providencia procesal. Hubo cierto grado de apoyo a favor de esa propuesta, pese a que la mayoría de los oradores se opusieron al empleo de la expresión “laudo parcial”, por entender que esas palabras solían aplicarse al laudo definitivo por el que se resolvía una parte del fondo de la controversia, por lo que no serían aplicables con propiedad a la imposición de una medida cautelar. Se expresaron dudas de que el término “providencia” abarcara debidamente los diversos tipos de medidas cautelares que cabría imponer en forma de laudo. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo se mostró favorable a que se suprimiera simplemente la palabra “arbitral”, evitando así toda precisión adicional innecesaria de la índole del laudo.

67. Otra propuesta fue que se suprimieran las palabras “o de otra forma” a continuación de “laudo”. Se dijo que esa supresión estaría justificada en aras de la formalidad del proceso arbitral y de la normalidad de su curso. A tenor de su texto actual, esa disposición permitía la imposición de una medida cautelar por medio de alguna resolución no adoptada en forma de laudo. Esa situación resultaría problemática en aquellos ordenamientos jurídicos en los que únicamente los laudos fueran objeto de reconsideración judicial en el curso de un procedimiento de ejecución o anulación. Si la disposición permitía que se impusieran medidas cautelares por otras vías que la de un laudo emitido en su debida forma, la parte contra la que se solicitara la medida cautelar podía verse privada de ciertos derechos que de lo contrario obrarían en su favor con arreglo al derecho interno aplicable, por ejemplo, su derecho a impugnar la validez o la ejecutoriedad del laudo arbitral. Ésa era la razón por la que en algunos ordenamientos que habían promulgado la Ley Modelo sobre Arbitraje se había dispuesto expresamente que toda medida cautelar había de ser impuesta por medio de un laudo debidamente emitido.

68. La opinión predominante en el Grupo de Trabajo fue, no obstante, contraria a que se suprimieran las palabras “o de otra forma”. Se dijo que no convenía que el proyecto de párrafo entrara en demasiados detalles respecto de la forma que había de adoptar una medida cautelar. Se dijo que el hecho de que el proyecto de párrafo no exigiera que la medida cautelar se impusiera en forma de laudo no había de ser considerado como un factor que redujera las vías de apelación o recurso abiertas a toda parte frente a la que se impusiera esa medida. Se señaló, al respecto, que la cuestión de si el mandato por el que se imponía una medida cautelar constituía o no un “laudo” para los fines del régimen de derecho interno aplicable, del Estado del foro, en materia de ejecución o anulación de laudos no era algo que hubiera de figurar en el título del documento o formulario emitido por el tribunal arbitral para imponer esa medida. Esa cuestión se resolvería conforme al derecho interno aplicable. Se dijo que la disposición legal modelo no debía interferir con ninguna facultad del tribunal competente para tipificar ese mandato como un laudo, cualquiera que fuera la forma o el título del documento que utilizara el tribunal arbitral para imponer la medida. Se observó a ese respecto que la cuestión de si una medida cautelar, conceptuada o no como “laudo”, podía ser objeto de anulación

conforme al artículo 34 de la Ley Modelo sobre Arbitraje era algo que habría de ser tal vez considerado ulteriormente en el contexto de las futuras deliberaciones sobre la ejecución de medidas cautelares.

Referencia a “antes de pronunciar el laudo”

69. Habida cuenta de que cabe la posibilidad de solicitar o dictar medidas cautelares en distintas etapas del procedimiento arbitral, se sugirió que las palabras “antes de pronunciar el laudo” se sustituyeran por las palabras “en cualquier momento antes de pronunciarse el laudo”. El Grupo de Trabajo aceptó la sugerencia.

Variantes 1 y 2

70. Como observación general se dijo que, dado que las listas de medidas enumeradas en ambas variantes sólo podían ser de carácter ilustrativo y no exhaustivo, sería preferible que, en vez de figurar en el cuerpo de la disposición, se consignaran en la guía para la incorporación al derecho interno. A este respecto, se invitó al Grupo de Trabajo a que determinara si las disposiciones de las variantes 1 y 2 se excluían entre sí o si sería posible y útil enumerarlas conjuntamente.

71. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que sería útil que en el proyecto de párrafo se enumeraran, aunque no fuera de manera exhaustiva, los tipos de medidas que podía dictar un tribunal arbitral, en vez de limitarse a ilustrar este tipo de medidas en la parte pertinente de la guía para la incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que en la parte introductoria del párrafo 4 se especificara claramente que la enumeración de medidas cautelares que figuraba en los apartados subsiguientes no pretendía ser exhaustiva.

72. En relación con el texto propuesto, si bien el enunciado más general de la variante 2 recibió cierto apoyo, el Grupo de Trabajo se inclinó por el texto más descriptivo de la variante 1.

Apartado a)

73. Si bien se apoyó en general el contenido del apartado, se estimó que la finalidad de las medidas cautelares podía consistir no sólo en mantener, sino también en restablecer el statu quo. Se convino en enmendar el apartado a) en consecuencia.

Apartado b)

74. Hubo acuerdo general sobre la conveniencia de formular el apartado b) de la siguiente manera: “las medidas encaminadas a garantizar o facilitar preventivamente la ejecución del laudo”.

Apartado c)

75. Se consideró en general que convenía ampliar el alcance de la disposición para que abarcara también los supuestos en que la medida cautelar no estuviera encaminada a impedir un acto sino a imponer una determinada conducta. Asimismo, se estimó que la disposición no debería regular únicamente las medidas dictadas contra el demandado, sino también las medidas impuestas a otras partes. El Grupo de Trabajo convino en enmendar el apartado c) del modo siguiente: “las medidas

encaminadas a impedir que una de las partes realice determinado acto o a imponerle una determinada conducta con objeto de prevenir un daño actual o inminente".

Propuesta de nuevo apartado d)

76. Con objeto de facilitar la imposición de medidas cautelares para prevenir la destrucción de pruebas, se sugirió que en la lista ilustrativa del párrafo 4 se mencionaran las medidas provisionales encaminadas a garantizar la preservación de pruebas". El Grupo de Trabajo aceptó esta sugerencia.

Párrafo 5

77. Se expresaron opiniones divergentes sobre si sería adecuado que en una revisión de la Ley Modelo sobre Arbitraje se previera la posibilidad de que un tribunal arbitral adoptara medidas cautelares a instancia de una parte. Según una de las opiniones, habría que atenerse a la legislación de arbitraje vigente en diversos países, en virtud de la cual únicamente los tribunales judiciales están facultados para dictar una medida cautelar a instancia de parte. Se sostuvo que no deberían hacerse excepciones respecto del principio de que cada parte debe tener acceso al tribunal arbitral en igualdad de condiciones y debe tener plena oportunidad de presentar sus argumentos conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Modelo. Se dijo que si se reconocía la posibilidad de que un tribunal arbitral pudiera dictar medidas cautelares a instancia de una parte, se daría pie a prácticas dilatorias e inequitativas, por lo que convendría evitar tal posibilidad. También se afirmó que las medidas cautelares dictadas a instancia de parte podían perjudicar a terceros. No obstante, también se expresó ampliamente la opinión contraria de que los mismos principios conforme a los cuales las partes debían tratarse en pie de igualdad y tener la plena oportunidad de exponer sus argumentos se aplicaban en general a los tribunales judiciales y en muchos países no se consideraban motivo suficiente para denegar la posibilidad de imponer medidas cautelares a instancia de parte en circunstancias excepcionales. Prevaleció la opinión de que una disposición sobre las medidas cautelares *ex parte* enriquecería la Ley Modelo y satisfaría las necesidades derivadas de las prácticas de arbitraje.

78. Se formularon diversas sugerencias con objeto de limitar la posibilidad de que se abusara de las medidas cautelares a instancia de parte. Según una de las sugerencias, basada en las reglas aplicadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares a instancia de parte habría que supeditarse a la celebración de un acuerdo previo entre las partes a tal efecto. Se respondió que, en el contexto más general del arbitraje comercial, sería poco realista esperar que las partes convinieran en tal regla de procedimiento antes o después de que surgiera la controversia. Por otra parte, se sugirió que el tribunal arbitral sólo pudiera dictar medidas cautelares a instancia de parte con miras a mantener el statu quo en espera de que se dirimiera la cuestión. Esta propuesta fue criticada por considerarse que no regulaba la situación en que la medida cautelar estuviera encaminada a restablecer una situación alterada por la actuación agresiva de una parte. Según otra de las propuestas, sólo había que considerar aceptables las medidas cautelares *ex parte* cuando, debido a las circunstancias, no fuera posible dar aviso a la otra parte. Según otra propuesta, que recibió el apoyo de diversas delegaciones, el texto revisado del artículo 17 de la Ley Modelo debería imponer a la parte que solicitara una medida cautelar la obligación

de informar al tribunal arbitral de todas las circunstancias, incluso de las que fueran adversas para su causa, que fueran de utilidad e interés para que el tribunal arbitral pudiera determinar si se cumplían los requisitos del párrafo 5. Esa obligación se calificó de "divulgación franca y cabal" y se afirmó que ya existía en ciertos ordenamientos jurídicos. No obstante, las delegaciones familiarizadas con otros ordenamientos jurídicos expresaron dudas sobre si la obligación propuesta entraría del todo en el concepto más amplio de "buena fe". Se expresó escepticismo sobre la posibilidad de que tal obligación resultara aceptable si exigía a una parte que actuara contra sus propios intereses. También se plantearon dudas sobre el contenido exacto de la obligación y sobre las consecuencias que pudiera tener el incumplimiento por parte del demandante. Se señaló que habría que investigar más detenidamente las consecuencias, que podrían ser la revocación de la medida cautelar o la imposición del pago de daños y perjuicios si la medida cautelar se había impuesto de forma indebida.

79. También con la finalidad de limitar el posible impacto negativo de una medida cautelar dictada a instancia de parte, se sugirió que se restringiera o se excluyera la ejecutoriedad judicial de las medidas cautelares *ex parte*. Se apoyó la idea de investigar el modo en que podría subordinarse la ejecutoriedad de una medida cautelar dictada inicialmente a instancia de parte a su ulterior confirmación *inter partes* por el tribunal arbitral. También se apoyó la propuesta de determinar que el hecho de que una medida cautelar hubiera sido adoptada a instancia de parte pudiera ser un motivo para denegar su ejecutoriedad. No obstante, se expresaron dudas sobre si las medidas cautelares dictadas a instancia de parte por un tribunal arbitral tendrían interés para los profesionales del derecho si en virtud del texto revisado de la Ley Modelo no tuvieran fuerza ejecutoria. A este respecto, se señaló que en determinados países en que el sistema judicial tendría dificultades para reaccionar con rapidez a una solicitud de medida cautelar *ex parte* sería esencial determinar la ejecutoriedad de la medida cautelar cuando fuera dictada por el tribunal arbitral. El Grupo de Trabajo no llegó a ninguna conclusión sobre la ejecutoriedad de las medias cautelares *ex parte*. Se convino en que la cuestión requeriría un análisis más detenido en el contexto del debate general sobre la ejecución de medidas cautelares.

Parte introductoria del proyecto de párrafo 5

80. Pasando a examinar el enunciado concreto del párrafo 5, el Grupo de Trabajo estudió la definición de medidas cautelares a instancia de parte en el texto introductorio del proyecto de párrafo 5. Se sugirió que la parte introductoria del proyecto de párrafo 5 comenzara con las palabras "en circunstancias excepcionales". Si bien en general se compartió la opinión de que sólo debían tomarse en consideración las medidas cautelares *ex parte* en circunstancias de urgencia excepcional, se expresaron dudas sobre si las palabras sugeridas darían a la disposición un criterio objetivo y suficientemente claro. En cuanto a la redacción, se señaló que la frase "de ser necesario para garantizar que una medida cautelar sea eficaz" era redundante, pues figuraba también en el apartado a), por lo que debería eliminarse de la parte introductoria.

81. Con respecto a las palabras "[por un plazo máximo de [...] días]", se expresó la opinión de que la cuestión de la limitación temporal de la medida debería dejarse a la discreción del tribunal arbitral. Según otra opinión, sería más conveniente regular la cuestión de la limitación temporal en el contexto de la limitación del plazo para

notificar la medida cautelar al demandado en virtud del párrafo 6. Prevaleció la opinión de que habría que limitar la duración de cualquier medida cautelar *ex parte* y que esas palabras deberían mantenerse en el texto. Se observó que la limitación de la duración de la medida cautelar otorgada en virtud del párrafo 5 no debería afectar a la autoridad que tiene el tribunal arbitral, con arreglo al párrafo 2, de otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar una vez que haya sido notificada a la parte afectada y que se haya dado a ésta la oportunidad de responder.

82. Con respecto a los textos de las variantes entre corchetes ([sin informar a la parte contra la que ésta se invoque] y [antes de que la parte contra la que ésta se invoque haya tenido oportunidad de responder]), se prefirió un texto más descriptivo del siguiente tenor: "antes de que la parte contra la que vaya dirigida la medida haya tenido oportunidad de responder". Se opinó que cabría fundir las dos variantes para reflejar la situación en que el peticionario no pudiera dar aviso a la parte afectada, por ejemplo, cuando ésta no pudiera ser localizada a tiempo, diferenciando esta situación de la que se daría cuando el peticionario optara por no dar aviso a la otra parte a fin de no minar la eficacia de la medida cautelar, por ejemplo, cuando la otra parte pudiera transferir sus bienes dejándolos fuera del alcance de la jurisdicción del tribunal.

83. En cuanto a los requisitos que deberían cumplirse para dictar una medida cautelar a instancia de parte, se convino en general en que las medidas cautelares consideradas en el proyecto de párrafo 5 deberían cumplir por lo menos todos los requisitos que prevé el proyecto de párrafo 2 para dictar una medida cautelar.

Apartado a)

84. El texto del apartado a) se consideró aceptable en general. Sin embargo, se expresó la opinión de que el concepto de "eficacia" de la medida no tenía la suficiente precisión. Se sugirió que el texto dijera "es necesario para impedir que se frustre la ejecución de la medida".

Apartado b)

85. Varias delegaciones consideraron esencial que el solicitante presentara una garantía apropiada en relación con la medida cautelar a fin de evitar que se cometieran abusos en la aplicación de medidas cautelares dictadas a instancia de parte. No obstante, se expresaron dudas sobre la conveniencia de que esa garantía constituyera un requisito imperativo para la imposición de una medida cautelar *ex parte* y se planteó la posibilidad de si esa cuestión debería dejarse a la discreción del tribunal arbitral.

Apartado c)

86. Si bien se opinó que la referencia a la necesidad urgente de adoptar la medida debería ser el factor determinante de si procedía dictar una medida cautelar a instancia de parte, se expresó preocupación por el hecho de que en el apartado c) del proyecto de párrafo 5 se repetía lo dicho en el apartado a) del proyecto de párrafo 2. En la medida en que se mantuviera el concepto de urgencia como criterio general en el proyecto de párrafo 2, habría que suprimirlo del proyecto de párrafo 5, a menos que se matizara y convirtiera en un criterio bien definido en el contexto de las medidas cautelares a instancia de parte.

Apartado d)

87. Teniendo presentes las deliberaciones anteriores acerca del proyecto de párrafo 2, el Grupo de Trabajo decidió que podía prescindirse del apartado d) y convino en suprimirlo.

88. A fin de recoger algunas de las opiniones e inquietudes manifestadas anteriormente, se formularon distintas propuestas para simplificar el texto del proyecto de párrafo 5. Una de ellas decía: "Al recibir una solicitud de medida cautelar, el tribunal arbitral estará facultado para tomar toda disposición que considere necesaria para garantizar que una medida cautelar sea eficaz, en caso de ser otorgada". Otra propuesta decía lo siguiente: "Cuando se cumplan las exigencias del párrafo 2 y sea necesario garantizar que una medida cautelar es eficaz, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar antes de que la parte contra la que ésta se invoque haya tenido oportunidad de responder". También se propuso formular el párrafo 5 y el resto del proyecto de artículo 17 del modo siguiente:

"**Párrafo 5**

[En circunstancias excepcionales,] el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por un plazo máximo de [... días], sin informar a la parte contra la que ésta se dirija o antes de que la parte contra la que ésta se dirija haya tenido oportunidad de responder, si:

a) Se cumplen los requisitos del párrafo 2; y

b) El tribunal arbitral determina [, y así lo expresa en una sentencia escrita,] que es necesario proceder de esa forma para garantizar que la medida sea eficaz.

Nuevo párrafo 6

La parte que solicita una medida cautelar en virtud del párrafo 5 tendrá la obligación de informar al tribunal arbitral de toda circunstancia, incluidas las que sean adversas a su causa, que el tribunal arbitral pueda llegar a considerar pertinente y de interés para determinar si se han cumplido los requisitos de dicho párrafo.

Al comienzo del actual párrafo 6, cuya numeración se modificará, añádase el texto siguiente:

A menos que el tribunal arbitral determine en virtud del apartado b) del párrafo 5 que es necesario proceder sin informar a la parte contra la que se dirige la medida cautelar para garantizar que ésta sea eficaz, la parte será notificada .

Reformulación del actual párrafo 7, cuya numeración se modificará

La limitación de la duración de la medida cautelar otorgada en virtud del párrafo 5 no afectará a la facultad que confiere el párrafo 2 al tribunal arbitral de otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar, una vez que se haya informado a la parte contra la que se dirige y ésta haya tenido la posibilidad de responder.

El actual párrafo 3 debería ir aquí, si según lo consensuado el tribunal arbitral ha de tener facultades discrecionales para exigir el otorgamiento de

garantías en cualquier caso, independientemente de que sea o no a instancia de parte

Reformulación del actual párrafo 8, cuya numeración se modificará

El tribunal arbitral puede en todo momento modificar o poner término a una medida cautelar, si dispone de información suplementaria o si cambian las circunstancias.

Reformulación del actual párrafo 9, cuya numeración se modificará

Agréguese la palabra "arbitral" a la palabra "tribunal"

A continuación de la frase "cambio importante", *añádanse* las palabras "de estas circunstancias"

Suprímase la frase "a que se hace referencia en el párrafo 2" *y sustitúyase* por la frase "en función de las cuales se pidió la medida cautelar o el tribunal arbitral la otorgó.

Propuestas sobre ejecución

Un tribunal ante el que se pida el reconocimiento o ejecución de un laudo o la imposición de una medida cautelar en virtud del párrafo 5 del artículo 17 [no denegará] [no deberá denegar necesariamente] el reconocimiento o ejecución por los motivos enumerados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 36, si el tribunal determina que es necesario proceder sin informar a la parte contra la que la medida cautelar se dirija para que ésta sea eficaz."

89. Las tres propuestas recibieron apoyo. El debate se centró en la propuesta de revisión del párrafo 5 y en la redacción del nuevo párrafo 6 que acababa de proponerse. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó el resto de la propuesta.

90. Respecto de la frase [, y así lo expresa en una sentencia escrita,], se plantearon dudas acerca de si el texto entrañaba simplemente que la sentencia del tribunal arbitral debía ser motivada (en cuyo caso la frase entre corchetes era superflua), o si implicaba que el tribunal arbitral tenía la obligación de consignar en otro escrito los motivos que lo inducían a considerar necesario proceder a instancia de parte (en cuyo caso la obligación podía ser excesivamente gravosa). Se respondió a esos argumentos que era indispensable velar por que las explicaciones del tribunal arbitral figuraran por escrito y se refirieran concretamente a los motivos por los cuales consideraba necesario proceder a instancia de parte.

91. Se expresó la opinión de que debía fijarse un límite a la duración de una medida cautelar dictada a instancia de parte. Si bien se reconoció en general que sería difícil lograr consenso en cuanto a una duración precisa, se dijo que podría bastar incluir palabras como "por un plazo determinado", plazo que podría determinar en su momento el tribunal arbitral. Otra opinión que contó con apoyo fue que en el caso de medidas cautelares a instancia de parte, cabría que el peticionario tuviera la obligación de otorgar garantía, en particular porque podría plantearse la cuestión de si toda demanda por daños dimanante de los perjuicios causados a la otra parte como consecuencia de la medida cautelar a instancia de parte constituiría

una nueva demanda o quedaría comprendida en el ámbito del arbitraje. Se dijo que la pregunta tendría que contestarse en el contexto de la revisión de la Ley Modelo.

92. Se propuso invertir el orden de los nuevos apartados a) y b).

93. Respecto del nuevo párrafo 6 propuesto, se sugirió suprimir las palabras "incluidas las circunstancias desfavorables a su posición". Otra sugerencia fue sustituirla por una frase del tenor siguiente: "toda circunstancia que conociera o debiera haber conocido la parte que solicite la medida cautelar". Se señaló que con este tipo de redacción se evitaría la ambigüedad y la incertidumbre que podría entrañar la frase "circunstancia [...] que el tribunal arbitral pueda llegar a considerar pertinente y de interés para determinar si se han cumplido los requisitos de dicho párrafo".

94. El Grupo de Trabajo no llegó a ninguna conclusión acerca del párrafo 5. Se pidió a la Secretaría que elaborara un proyecto revisado, con distintas variantes, que recogiera las distintas opiniones, inquietudes y propuestas expuestas en el período de sesiones.

E. Documento de trabajo relativo al arreglo de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita exigible para el acuerdo de arbitraje, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 36º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.118) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-7	198
II.	Disposiciones legales modelo sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje	8-24	201
	A. Texto revisado de la disposición legal modelo	9	201
	B. Observaciones sobre el texto revisado de la disposición legal modelo	10-24	202
III.	Instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York	25-33	207
	A. Texto revisado del instrumento interpretativo	25-26	207
	B. Observaciones sobre el texto revisado del instrumento interpretativo	27-33	209

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tuvo a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). La Comisión acogió favorablemente la oportunidad de poder examinar la conveniencia y viabilidad de seguir elaborando normas de derecho aplicables al arbitraje comercial internacional y consideró en general que había llegado el momento de evaluar la experiencia amplia y favorable 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 y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal como el de la Comisión la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para mejorar las leyes, reglamentos y prácticas aplicables al arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran los siguientes: conciliación[2], requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje[3], fuerza ejecutiva de las medidas provisionales

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párrs. 340 a 343.
[3] Ibíd., párrs. 344 a 350.

cautelares[4] y posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo en lo que respecta a decidir el momento y la manera de abordar los temas determinados para una labor futura. Se formularon varias declaraciones en el sentido de que el Grupo de Trabajo, al decidir el grado de prioridad de los temas futuros de su programa en general, debería prestar particular atención a lo que era viable y práctico y a las cuestiones respecto de las cuales las decisiones judiciales daban lugar a una situación incierta o insatisfactoria desde el punto de vista jurídico. Los temas que se citaron en la Comisión como posiblemente dignos de examen, además de los que pudiera determinar como tales el Grupo de Trabajo, fueron los siguientes: significado y efecto de la disposición relativa al derecho más favorable del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en 1958 (en adelante, "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, apartado k) del párrafo 109); presentación de demandas en procedimientos arbitrales con fines de compensación y competencia del tribunal arbitral con respecto a dichas demandas (apartado g) del párrafo 107); autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado c) del párrafo 108); facultad discrecional residual para decidir la ejecución de un laudo pese a la existencia de una de las causales de rechazo enumeradas en el artículo V de la Convención de Nueva York (apartado i) del párrafo 109); y la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses (apartado j) del párrafo 107). Se tomó nota con aprobación de que, en lo que respecta a los arbitrajes "en línea" (es decir, los arbitrajes en los que una gran parte o incluso la totalidad de los procedimientos arbitrales se llevaban a cabo con medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Por lo que se refiere a la posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen (apartado m) del párrafo 107), se opinó que no se esperaba que la cuestión planteara muchos problemas y que la jurisprudencia que había dado origen a la cuestión no se debería considerar una tendencia[6].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con beneplácito de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y Corr.1 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión encomió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta el momento en relación con las tres cuestiones principales objeto de debate, a saber, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, las cuestiones de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre conciliación.

5. En cuanto al requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado el proyecto de disposición legal modelo que revisaba el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la

[4] Ibíd., párrs. 371 a 373.
[5] Ibíd., párrs. 374 y 375.
[6] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.

CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (véase A/CN.9/WG.II/WP.113, párrs. 13 y 14) y un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (ibíd., párr. 16). En consonancia con una opinión expresada en el contexto del 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/487, párr. 30), se expresó inquietud en cuanto a si la mera referencia a las cláusulas y condiciones del arbitraje o a un reglamento uniforme de arbitraje disponible en forma escrita podía satisfacer el requisito de la forma escrita. Se afirmó que no debía considerarse que tal referencia cumplía el requisito de forma debido a que el texto escrito al que se remitía no era el acuerdo de arbitraje propiamente tal sino un conjunto de reglas de procedimiento para llevar a cabo el arbitraje (es decir, un texto que en la mayoría de los casos existiría previamente al acuerdo y sería el resultado de la acción de personas que no eran parte en el propio acuerdo de arbitraje). Se señaló que en la mayoría de las circunstancias concretas era el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje lo que debía ser objeto de un requisito de forma que facilitara la presentación ulterior de pruebas respecto de la intención de las partes. Frente a esa inquietud, se estimó en general que si bien el Grupo de Trabajo no debía perder de vista la importancia de ofrecer certeza en cuanto a la intención de las partes en el arbitraje, también era importante hacer lo posible por facilitar una interpretación más flexible del estricto requisito de forma previsto en la Convención de Nueva York, a fin de no frustrar las expectativas de las partes cuando hubiesen acordado recurrir al arbitraje. A ese respecto, la Comisión tomó nota de la posibilidad de que el Grupo de Trabajo examinara más a fondo el significado y efecto de la disposición sobre el derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención de Nueva York[7].

6. La presente nota se basa en las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre el tema de la forma escrita de los acuerdos de arbitraje (A/CN.9/487, párrs. 22 a 63). En la parte primera se estudia la posible incorporación al texto del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. En la parte segunda se trata de la interpretación de la Convención de Nueva York.

7. Estos dos temas ya se trataron en los siguientes documentos:

a) Informe de la CNUDMI sobre la labor de su 32º período de sesiones (A/54/17, párrs. 344 a 350);

b) Informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 33º período de sesiones (A/55/17, párrs. 389 a 399);

c) Informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (A/56/17, párrs. 309 a 313);

d) Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional (A/CN.9/460, párrs. 20 a 31);

e) Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32º período de sesiones (A/CN.9/468, párrs. 88 a 106);

f) Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 33º período de sesiones (A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 21 a 77);

[7] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 313.

g) Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 34º período de sesiones (A/CN.9/487, párrs. 22 a 63);

h) Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 32º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párrs. 1 a 40);

i) Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 33º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs.10 a 51);

j) Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 34º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.113);

Estos documentos pueden encontrarse en la página de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org), concretamente en "Grupos de Trabajo", buscando en "Grupo de Trabajo sobre Arbitraje".

II. Disposiciones legales modelo sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje

8. En su 34º período de sesiones (junio a julio de 2001) el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de disposición legal modelo por el que revisaba el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (véase A/CN.9/WG.II/WP.113, párrafos 11 a 14). Las consideraciones del Grupo de Trabajo se reflejan en los párrafos 22 a 41 del documento A/CN.9/487. Una vez concluido su examen del proyecto de disposición, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de disposición que tuviera en cuenta los debates celebrados en el Grupo de Trabajo, para examinarlo en un futuro período de sesiones (véase A/CN.9/487, párr. 18).

A. Texto revisado de la disposición legal modelo

9. El Grupo de Trabajo tal vez desee utilizar, como base para sus deliberaciones, el siguiente texto revisado:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1. El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se considerará "forma escrita" cualquier forma en que quede constancia [tangible] del acuerdo o en que éste sea accesible [de algún otro modo] como mensaje de datos para su ulterior consulta.

[3. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o

similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.]

4. A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2) se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje o los términos y condiciones de arbitraje o cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje están por escrito, aunque el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se haya perfeccionado de palabra, o mediante actos u otros indicios no escritos.

5. Además, se considerará que un acuerdo de arbitraje figura por escrito si está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un texto que contenga una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje, siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

[7. A los efectos del artículo 35, los términos y condiciones de arbitraje escritos, junto con cualquier escrito que contenga tales términos y condiciones o que los incorpore por remisión, constituirán el acuerdo de arbitraje.]

B. Observaciones sobre el texto revisado de la disposición legal modelo

Párrafo 1

10. En el párrafo 1 se reproduce sin cambios el texto del párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Párrafo 2

Interpretaciones existentes del concepto de “escrito”

11. En el transcurso de las deliberaciones que mantuvo en su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que en la guía para la incorporación al derecho interno del proyecto de disposición legal modelo había que dar explicaciones adecuadas sobre la finalidad que tenía el párrafo 2 de evitar conflictos con otras interpretaciones del concepto de “escrito”, particularmente en el caso de que se diera una interpretación lata, por vía de la jurisprudencia o de otra manera, al concepto de “escrito” en la Ley Modelo o en la Convención de Nueva York. Se dijo que los países que no aprobasen la versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo, o en el período de transición antes de que se promulgara esa disposición revisada, era especialmente importante aclarar que subsistirían las interpretaciones actuales del concepto de “escrito” (véase A/CN.9/487, párrs. 25 y 26).

Referencia a “en que quede constancia del acuerdo o en que éste sea accesible de algún otro modo”

12. El texto de proyecto de párrafo 2 examinado por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones se ha redactado sobre la base de dos textos recientes de la CNUDMI; el Grupo de Trabajo podría examinar más a fondo la posibilidad de

fundir su contenido y su forma en una única disposición. Por una parte, el párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente dispone que "se puede emitir una promesa en cualquier forma por la que se deje constancia del texto de la promesa ...". Por otra parte, el párrafo 1 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico establece lo siguiente: "Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta". Esta disposición es inseparable de la definición de "mensaje de datos", enunciada en el artículo 2 a) de ese instrumento, que dice lo siguiente: "Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax". En el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico no figura el concepto de "constancia", pero en la amplia definición de "mensaje de datos" es evidente que se trata de abarcar la constancia electrónica. Así pues, el único motivo que justifica la combinación, en el proyecto de disposición, del concepto tradicional de "constancia" con la noción más innovadora de "mensaje de datos" es dejar bien claro que entre las formas aceptables de dejar constancia de un acuerdo de arbitraje figura el tradicional medio con soporte de papel. No era necesario abordar esa cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, pero podía haber que tratarla en el proyecto de revisión del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ahora bien, en ausencia de explicaciones suplementarias, el concepto de "constancia" puede plantear problemas de traducción en los diversos idiomas oficiales y crear dificultades en los ordenamientos jurídicos donde el derecho mercantil no haga hincapié en los conceptos de "constancia" o "constancia comercial". Tal vez convenga hacer aclaraciones en el texto, por ejemplo, para indicar que la disposición tiene la finalidad de regular la constancia "tangible".

13. Si en el texto se emplea el concepto de "constancia" abarcando todo documento de papel que dé constancia del texto o que de alguna otra manera demuestre la existencia del acuerdo de arbitraje, es probable que la distinción conceptual entre "constancia" y "mensaje de datos" suponga la supresión de las palabras "de algún otro modo". En la guía para la incorporación al derecho interno cabría especificar las razones por las que, a diferencia de lo que dispone la versión inglesa del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, en el proyecto de disposición no se habla de dejar constancia "completa" del texto del acuerdo.

Párrafo 3

Referencia a "mensaje de datos"

14. Dado que la disposición modelo trata de referirse al concepto de "mensaje de datos", debería reproducir la definición enunciada en el artículo 2 a) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Esta es la finalidad del párrafo 3.

Párrafo 4

15. El párrafo 4 es fruto del acuerdo al que llegó el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 33º y 34º de que en la disposición legal modelo debía reconocerse la existencia de diversas prácticas contractuales por las cuales se concertaban verbalmente acuerdos de arbitraje que se remitían al texto escrito de una cláusula compromisoria y que, en esos casos, las partes tenían una expectativa legítima de que la cláusula compromisoria fuese vinculante (véase A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 40, y A/CN.9/487, párr. 29).

16. El texto del párrafo 4 refleja el razonamiento y la conclusión a que llegó el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones (véase A/CN.9/487, párrs. 29 a 32). Tal disposición tendría como efecto que si una parte alegara que se había concertado verbalmente un acuerdo de arbitraje sobre la base de unas normas de arbitraje preexistentes (presumiblemente consignadas en forma escrita) o de procedimientos establecidos en el derecho aplicable al arbitraje, la otra parte podría tener que someterse a un procedimiento arbitral aunque no hubiera pruebas de la existencia ni del contenido del presunto acuerdo de arbitraje. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar las consecuencias de tal disposición.

17. En el transcurso de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee asimismo tomar en consideración las preocupaciones expresadas por el Director de la División de Asuntos Jurídicos Generales, de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría, en la carta que dirigió a la Secretaría el 23 de mayo de 2001. A continuación se citan algunos extractos de dicha carta.

> "5. En virtud de su inmunidad judicial, las Naciones Unidas no pueden ser objeto de demandas judiciales. Sin embargo, la sección 29 del artículo VIII de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (en adelante denominada "la Convención General") dispone que las Naciones Unidas tomarán las medidas adecuadas para la solución de disputas originadas por contratos u otras disputas de derecho privado en las que sean parte las Naciones Unidas" [...]. Conforme a esta disposición, las Naciones Unidas han seguido la práctica de prever, en sus acuerdos comerciales (por ejemplo, en los acuerdos sobre contratos y arrendamientos), el recurso al arbitraje cuando surjan controversias que no puedan resolverse mediante negociaciones directas o por métodos amigables (véase A/C.5/49/65). Con respecto a las controversias de derecho privado no derivadas de acuerdos comerciales, salvo en las situaciones específicas en que se prevean otros medios para la solución de tales controversias, la Organización ha sometido las controversias a arbitraje cuando no han podido resolverse por dichos medios o mediante métodos amigables (véase A/C.5/49/65). En tales casos, la Organización concierta acuerdos de arbitraje específicos. Tanto en las cláusulas compromisorias de los contratos como en los acuerdos de arbitraje propiamente dichos se dispone que los procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Además, en ambos casos, las Naciones Unidas aceptan el carácter vinculante del laudo arbitral que se dicte como solución definitiva de la controversia.
>
> 6. En lo esencial, con arreglo al proyecto de revisión del párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el requisito de dicho párrafo de que el acuerdo de arbitraje constara "por escrito" quedaría satisfecho aun

cuando se concertara de forma no escrita un contrato con cláusula compromisoria o un acuerdo de arbitraje en sí, por ejemplo, verbalmente o en virtud de la "conducta" de una parte, si la cláusula compromisoria, las condiciones y los términos de arbitraje o el reglamento de arbitraje mencionado en el acuerdo figuraban por escrito. Además, ese "escrito" englobaría formas "no tradicionales", como los mensajes electrónicos o de datos.

7. Las Naciones Unidas sólo pueden estar sujetas a ese arbitraje y aceptar el carácter vinculante del laudo si han convenido expresamente en ello. Como se señala más arriba, el consentimiento de las Naciones Unidas a someterse a arbitraje se consigna en cláusulas compromisorias enunciadas en contratos escritos firmados por las Naciones Unidas, o en acuerdos de arbitraje escritos firmados por las Naciones Unidas. En ambos casos, el requisito de un documento escrito firmado por las Naciones Unidas asegura que las Naciones Unidas están dispuestas a someterse al arbitraje. Además, en sus acuerdos concretos de arbitraje, las Naciones Unidas suelen incluir diversas disposiciones para proteger sus intereses legítimos, según las circunstancias de cada caso, como disposiciones en las que se definen y limitan claramente la cuestiones que pueden ser objeto de un procedimiento, disposiciones que especifican que los árbitros deberán aplicar principios de derecho mercantil internacional de aceptación internacional, y no la ley de un determinado ordenamiento jurídico nacional, disposiciones que regulan el grado de divulgación que pueden ordenar los árbitros, y disposiciones de protección de las prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas.

8. En virtud del texto que examina el Grupo de Trabajo, el requisito de forma escrita de un acuerdo de arbitraje quedaría satisfecho si en un contrato o acuerdo verbal se hiciera referencia, por ejemplo, a condiciones y términos escritos de arbitraje. Ese requisito quedaría satisfecho incluso cuando sólo existieran condiciones y términos parciales de arbitraje por escrito, por ejemplo, condiciones y cláusulas sobre algunas cuestiones pero no sobre otras que las Naciones Unidas quisieran someter a arbitraje, tales como las que se mencionan más arriba.

9. El requisito sobre la forma escrita también quedaría satisfecho con una mera referencia, en un contrato o acuerdo verbal, a un reglamento de arbitraje escrito. Sin embargo, con una referencia a tal reglamento, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, no se abarcarían otras cuestiones como las antes mencionadas, que las Naciones Unidas suelen regular en sus acuerdos de arbitraje.

10. Además, conviene señalar que una disposición de este carácter permitiría a una parte reclamante convocar un tribunal arbitral que, conforme a su "compétence/compétence", estaría facultado para decidir sobre su propia jurisdicción. Según la disposición prevista, la parte demandada habría de someterse a complejas vistas sobre cuestiones probatorias que el tribunal arbitral debería realizar para poder determinar la existencia de un contrato o de un acuerdo de arbitraje "por indicios" o "verbal" y, en caso afirmativo, determinar la existencia y el contenido de una cláusula compromisoria, de términos y condiciones de arbitraje o de un reglamento de arbitraje en forma escrita. Si bien, como se señala más arriba, todo contrato celebrado por las

> Naciones Unidas debe figurar en forma escrita, nos preocuparía que un tribunal así convocado pudiera dictaminar que las Naciones Unidas habían concertado un acuerdo de arbitraje verbalmente o "por indicios". Si lo hiciera, [...] podría determinar que las Naciones Unidas están sujetas a procedimientos de arbitraje en virtud de cláusulas y condiciones que no abordan cuestiones que las Naciones Unidas habrían regulado en un acuerdo de arbitraje y que, por lo tanto, no protegen plenamente sus intereses. A las Naciones Unidas no les interesaría que fuera el propio tribunal arbitral el encargado de dirimir tales cuestiones. Esta es precisamente la razón por la que las Naciones Unidas regulan esas cuestiones en sus acuerdos de arbitraje."

Si bien en el proyecto de disposición no es necesario regular el contexto específico de los casos de arbitraje en que las Naciones Unidas sean parte, tal vez sea conveniente tener en cuenta las consideraciones generales que se exponen en la citada carta en el contexto del arbitraje comercial internacional.

Párrafo 5

18. En el párrafo 5 se reproducen las palabras que figuran en el texto actual del párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo sin cambios en su 34º período de sesiones (véase A/CN.9/487, párr. 36).

Párrafo 6

19. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 6 en sus períodos de sesiones 34º (A/CN.9/487, párr. 37) y 33º (véase A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 42). El texto se ha enmendado ligeramente y se ha añadido una referencia a cualquier "texto que contenga una cláusula compromisoria" para que el párrafo no se limite al supuesto de una "cláusula compromisoria" no consignada en el contrato.

Párrafo 7

20. El Grupo de Trabajo decidió que el párrafo 7 figurara entre corchetes hasta que se debatiera más a fondo la cuestión sobre si el contenido de la disposición debía figurar en el artículo 7 o en una enmienda del artículo 35. Se pidió a la Secretaría que estudiara las repercusiones de una posible revisión del artículo 35 para que el Grupo de Trabajo continuara con el debate (A/CN.9/487, párr. 40).

21. Conviene señalar que el párrafo 2 del artículo 35 de la Ley Modelo refleja el artículo IV de la Convención de Nueva York. Por consiguiente, toda alteración del texto existente del artículo 35 requeriría una labor suplementaria para enmendar la Convención de Nueva York o para prever medios que garantizaran una interpretación uniforme pero innovadora del artículo IV de dicha Convención.

22. En lo fundamental, la cuestión de los requisitos de forma que cabe imponer para el reconocimiento y la ejecución de un laudo se remite a la cuestión central que plantea el texto del proyecto de párrafo 4. Si la finalidad del párrafo 4 es simplemente facilitar la utilización de medios modernos de comunicación en el contexto del arbitraje comercial internacional y atenuar la carga que impone el requisito de que un acuerdo de arbitraje revista la forma de documento original, tal vez sea posible abordar todo el problema adoptando una versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo. A fin de regular la cuestión del "original del acuerdo de

arbitraje" conforme al artículo 35, probablemente en el texto revisado del artículo 7 habría que enunciar reglas suplementarias sobre la forma en que puede presentarse, por medios electrónicos, el equivalente funcional de un documento "original". Los artículos 7 y 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico pueden dar una útil orientación sobre el modo de redactar tales reglas suplementarias.

23. En cambio, si la finalidad del párrafo 4 es establecer que las pruebas sobre la existencia y el contenido del acuerdo de arbitraje puedan sustituirse por una mera referencia a términos y condiciones del procedimiento arbitral enunciados en un reglamento o en una ley de arbitraje, sin necesidad de presentar más pruebas escritas sobre la existencia o el contenido del acuerdo, es dudoso que pueda introducirse un cambio tan fundamental sin revisar por completo el artículo 35 de la Ley Modelo.

Ejemplos de circunstancias en que se satisface el requisito sobre la forma escrita

24. La versión anterior del proyecto de texto examinado por el Grupo de Trabajo contenía un párrafo suplementario que decía lo siguiente: "7. Entre los ejemplos de circunstancias en que se cumple el requisito de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito conforme a lo dispuesto en el presente artículo figuran, entre otros, los siguientes: *[Se pidió a la Secretaría que preparara un texto basado en las deliberaciones del Grupo de Trabajo]*". En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que esas ilustraciones eran de utilidad y que debían mantenerse con fines educativos. Sin embargo, no deberían aparecer en el texto del artículo 7, pero podrían tomarse en consideración al preparar la guía para la incorporación al derecho interno o material explicativo que acompañara la disposición legal modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee seguir examinando posibles ejemplos prácticos que sirvan de ilustración para la guía de corporación al derecho interno.

III. Instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York

A. Texto revisado del instrumento interpretativo

25. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó un anteproyecto de instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York y pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de instrumento sobre la base del debate en el Grupo de Trabajo, para examinarlo en un futuro período de sesiones (A/CN.9/487, párr. 18).

26. El texto del proyecto de declaración adoptado por el Grupo de Trabajo y consignado en el informe sobre su 34º período de sesiones (A/CN.9/487, párr. 63) dice lo siguiente:

"Declaración relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958

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

1. *Recordando* la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

2. *Consciente* de que la Comisión incluye a los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo y a países desarrollados y en desarrollo,

3. *Recordando* las sucesivas resoluciones en que la Asamblea General reiteradamente afirmó el mandato de la Comisión, como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo,

4. *Consciente* de su mandato de impulsar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional promoviendo, entre otras cosas, medios para asegurar una interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional,

5. *Convencida* de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha supuesto un logro importante para la promoción del imperio de la ley, especialmente en el ámbito del comercio internacional,

6. *Recordando* que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia ‘considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado ...’,

7. *Preocupada* por las diferentes interpretaciones del párrafo 2 del artículo II de la Convención, que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención,

8. *Animada del deseo* de promover una interpretación uniforme de la Convención a la luz del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y del comercio electrónico,

9. *Convencida* de que es necesaria la uniformidad en la interpretación de la expresión ‘acuerdo por escrito’ para que exista una mayor certidumbre en las transacciones comerciales internacionales,

10. *Considerando* que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación,

11. *Teniendo en cuenta* instrumentos jurídicos internacionales posteriores, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico,

12. [*Preparación a cargo de la Secretaría*].”

B. Observaciones sobre el texto revisado del instrumento interpretativo

Párrafo de la parte dispositiva

27. En caso de que el Grupo de Trabajo continuara preparando un instrumento interpretativo sobre el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, habría que añadir, a final del instrumento, un párrafo dispositivo que se basara en el criterio seguido en la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo y que tuviera el siguiente tenor:

> "12. [*Recomienda*] [*Declara*] que la definición de 'acuerdo por escrito' enunciada en el párrafo 2 del artículo II de la Convención [*se entienda*] [*se entenderá*] aplicada a [palabras inspiradas en el texto revisado del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional]."

Mantenimiento de las disposiciones existentes del artículo II de la Convención de Nueva York

28. Durante el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que no convenía dar la impresión de que se trataba de imponer una nueva interpretación de la Convención de Nueva York (véase A/CN.9/487, párr. 61). Esta opinión es similar a la que se expresó en el contexto del examen de la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, según la cual las palabras "a fin de evitar dudas" eran indispensables para aclarar que la regla de fondo enunciada en el proyecto de disposición legal modelo no tenía la finalidad de alterar cualquier interpretación lata que, por vía de la jurisprudencia o de otra manera, se diese a concepto de "escrito" en la Ley Modelo o en la Convención de Nueva York (véase A/CN.9/487, párr. 25). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de tratar esta cuestión (que en el contexto de la revisión de la Ley Modelo podría abordarse adecuadamente en la guía para la incorporación al derecho interno) en un nuevo párrafo para su eventual inclusión en el proyecto de declaración.

29. No obstante, según el contenido de la versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo, y en particular del párrafo 4, puede haber que examinar más detenidamente si la vía de una declaración que fomente la interpretación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York por remisión al artículo 7 de la Ley Modelo es adecuada para promover una interpretación uniforme de la Convención. En el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que si la declaración tenía el propósito de fomentar una interpretación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York acorde con el proyecto revisado de artículo 7 de la Ley Modelo, en muchos países se vería como una interpretación innovadora o revolucionaria del requisito sobre la forma escrita que prevé el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (A/CN.9/487, párr. 61). En un número considerable de países no se acogería con agrado tal interpretación "revolucionaria".

30. En el Grupo de Trabajo se acordó en general que la declaración no tendría efectos vinculantes para los gobiernos, los tribunales nacionales y los árbitros a los que se dirigía. Se reconoció que el texto reflejaba meramente una convicción o un

parecer de la Comisión que ésta sometía al examen de las personas encargadas de la interpretación del párrafo 2 del artículo II , en particular los jueces y los árbitros (ibíd., párr. 61). No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una declaración polémica sobre un instrumento de tanto éxito y con tan amplio consenso como la Convención de Nueva York podía contribuir a promover la interpretación uniforme de ésta. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar posibles variantes del texto actual del instrumento interpretativo.

Posibles variantes del proyecto de instrumento interpretativo

31. Como posible variante, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el fomento de un enfoque lato de los requisitos de forma enunciados en la Convención de Nueva York mediante la disposición de la ley más favorable del artículo VII de la Convención. Tal como se señala en los párrafos 20 a 22 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1:

> “20. Al estudiar la posibilidad de enmendar la Ley Modelo como instrumento de interpretación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (sin enmendar dicha Convención), tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar también que la legislación nacional pueda actuar en el ámbito de la disposición relativa a la ley más favorable del artículo VII de la Convención. Según reza el párrafo 1 del artículo VII,
>
> > '1. Las disposiciones de la presente Convención no [...] 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.'
>
> 21. En virtud de dicho artículo, cabe entender que, si la ley del país en el que va a ejecutarse el laudo (o la ley aplicable al acuerdo de arbitraje) prevé un requisito de forma menos restrictivo que la Convención, la parte interesada puede atenerse a esa ley nacional. Dicha interpretación estaría de acuerdo con el objetivo de la Convención, que es facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Dicha finalidad se logra eliminando en las leyes nacionales aquellas condiciones para el reconocimiento y la ejecución que sean más restrictivas que las de la Convención, y dejando que se apliquen las disposiciones nacionales que concedan un trato especial o más favorable a la parte que quiera que se aplique el laudo.
>
> 22. No obstante, cabe señalar que la aceptabilidad de permitir que a través del párrafo 1 del artículo VII de la Convención se apliquen requisitos de forma menos restrictivos dependerá de si se considera que el párrafo 2 del artículo II de la Convención establece un requisito máximo de forma (dejando así en libertad a los Estados para adoptar un requisito menos restrictivo) o si se interpreta que la Convención ofrece un requisito de forma unificado que deben cumplir los acuerdos de arbitraje que se rijan por la Convención. Además, debe señalarse que, según algunas opiniones, el párrafo 1 del artículo VII puede invocarse para reconocer disposiciones nacionales sobre la forma más favorables sólo si el mecanismo de ejecución que contempla la Convención de Nueva York se sustituye por el derecho interno en materia de ejecución de laudos arbitrales extranjeros (recogido en la legislación o en la jurisprudencia). Se dice que sólo en el caso de que exista un régimen de ejecución nacional,

éste podrá emplearse, a través del párrafo 1 del artículo VII, en lugar del régimen de la Convención. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la validez y las consecuencias de estas consideraciones. Puede que también desee estudiar si estas consideraciones relativas al artículo VII deberían tenerse en cuenta al redactar posibles enmiendas de la Ley Modelo a fin de establecer un régimen más acorde con la Convención de Nueva York."

32. La segunda opción, que podría requerir un examen más detenido, consistiría en preparar un protocolo de la Convención de Nueva York. A este respecto, cabe recordar que el párrafo 17 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 dice lo siguiente:

"17. Una posible solución de las dificultades mencionadas sería modernizar la Convención de Nueva York en lo referente a la forma del acuerdo de arbitraje. Cuando la Comisión debatió esta cuestión, se expresaron diversas opiniones con respecto a la manera de actualizar la Convención de Nueva York (A/54/17, párrs. 344 y 347). Según una opinión, las cuestiones relativas a la forma de la cláusula de arbitraje se deberían abordar mediante un protocolo adicional de la Convención. Se explicó que la modificación del texto del párrafo 2 del artículo II 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 arbitrajes 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 debería 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 el ámbito del arbitraje comercial internacional."

33. En el contexto de esta segunda variante, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de recomendar la elaboración de un protocolo limitado tal vez a la revisión del artículo II, y probablemente también del artículo IV, de la Convención de Nueva York.

F. Documento de trabajo relativo a la solución de controversias comerciales: elaboración de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 36º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.119) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-13	213
A.	Medidas cautelares otorgadas por un tribunal arbitral	6-7	214
B.	Medidas cautelares dictadas por un foro judicial	8-13	215
II.	Información general sobre las medidas cautelares en el derecho interno	14-48	216
A.	Observaciones generales	14-15	216
B.	Clasificación de las medidas cautelares	16-18	216
C.	Competencia para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje	19-33	218
D.	El peticionario de medidas cautelares	34-36	222
E.	Tipos de medidas cautelares que se pueden dictar	37-41	222
F.	Requisitos para decretar medidas cautelares	42-43	224
G.	Medidas cautelares dictadas por los tribunales en apoyo de un arbitraje extranjero	44-48	225
III.	Labor internacional en relación con las medidas cautelares	49-71	226
A.	Principios de la Asociación de Derecho Internacional	50-67	227
B.	Preparación del proyecto de principios fundamentales y normas de procedimiento civil transnacional del *American Law Institute* y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado	68-70	231
C.	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: proyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil	71	234
IV.	Posibles disposiciones	72-84	236
A.	Medidas cautelares otorgadas por tribunales arbitrales	74	237
B.	Medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales	75-81	238
C.	Relaciones entre los foros judiciales y los tribunales arbitrales	82	240
D.	Ejecución de las medidas cautelares	83-84	241

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tuvo a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). La Comisión acogió favorablemente la oportunidad de poder examinar la conveniencia y viabilidad de seguir elaborando normas de derecho aplicables al arbitraje comercial internacional y consideró en general que había llegado el momento de evaluar la experiencia amplia y favorable 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 y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal como el de la Comisión la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para mejorar las leyes, reglamentos y prácticas aplicables al arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran los siguientes: conciliación[2], requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje[3], fuerza ejecutiva de las medidas provisionales cautelares[4] y posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo en lo que respecta a decidir el momento y la manera de abordar los temas asignados para una labor futura. Se formularon varias declaraciones en el sentido de que el Grupo de Trabajo, al decidir el grado de prioridad de los temas futuros de su programa en general, debería prestar particular atención a lo que era viable y práctico y a las cuestiones respecto de las cuales las decisiones judiciales daban lugar a una situación incierta o insatisfactoria desde el punto de vista jurídico. Los temas que se citaron en la Comisión como posiblemente dignos de examen, además de los que pudiera determinar como tales el Grupo de Trabajo, fueron los siguientes: significado y efecto de la disposición relativa al derecho más favorable del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en 1958 (en adelante, "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, apartado k) del párr. 109); presentación de demandas en procedimientos arbitrales con fines de compensación y competencia del tribunal arbitral con respecto a dichas demandas (apartado g) del párr. 107); autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado c) del párr. 108); facultad discrecional residual para decidir la ejecución de un laudo pese a la existencia de una de las causales de rechazo enumeradas en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párrs. 340 a 343.
[3] Ibíd., párrs. 344 a 350.
[4] Ibíd., párrs. 371 a 373.
[5] Ibíd., párrs. 374 y 375.

(apartado i) del párr. 109); y la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses (apartado j) del párr. 107). Se tomó nota con aprobación de que, en lo que respecta a los arbitrajes "en línea" (es decir, los arbitrajes en los que una gran parte o incluso la totalidad de los procedimientos arbitrales se llevaban a cabo con medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Por lo que se refiere a la posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen (apartado m) del párr. 107), se opinó que no se esperaba que la cuestión planteara muchos problemas y que la jurisprudencia que había dado origen a la cuestión no se debería considerar una tendencia[6].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con beneplácito de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y Corr.1 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión encomió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta el momento en relación con las tres cuestiones principales objeto de debate, a saber, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, las cuestiones de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre conciliación.

5. Con respecto a las cuestiones relativas a las medidas cautelares, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto destinado a revisar el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el texto del inciso i) del apartado a) del párrafo 1 de un nuevo proyecto de artículo preparado por la Secretaría para su inclusión en la Ley Modelo (véase A/CN.9/WG.II/WP.113, párr. 18). Se pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor sobre la base de los proyectos de disposición revisados que prepararía la Secretaría.

A. Medidas cautelares otorgadas por un tribunal arbitral

6. En su 34º período de sesiones, celebrado del 21 de mayo al 1º de junio de 2001, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de artículo en que se preveía la facultad expresa de los tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares y una definición de esas medidas (A/CN.9/487, párr. 64). Se solicitó a la Secretaría que preparara textos opcionales, para examinar en un período de sesiones posterior, en que se establecieran los términos, condiciones y circunstancias en los que un tribunal arbitral podía o debía dictar medidas cautelares. Los textos habían de ser más ilustrativos que taxativos a fin de evitar el riesgo de interpretarlos en un sentido restringido. Se sugirió que en el proyecto se enumeraran categorías generales, siguiendo el criterio adoptado en otros instrumentos internacionales como los convenios relativos a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 1968 y Lugano, 1988). Se sugirió también que las disposiciones legislativas modelo incluyeran una disposición por la que se exigiera que la parte que solicitaba la medida cautelar otorgara una garantía apropiada para su ejecución.

[6] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.

7. A efectos de coadyuvar a la labor de la Secretaría en lo que respecta a las medidas cautelares otorgadas por los tribunales arbitrales, se preparó un breve cuestionario que se envió a los árbitros y asesores letrados de actuaciones arbitrales para reunir información sobre las medidas de esa índole que se hubieran dictado en esos procedimientos.

B. Medidas cautelares dictadas por un foro judicial

8. En su 32º período de sesiones, celebrado del 20 al 31 de marzo de 2000, el Grupo de Trabajo examinó, en el contexto del debate sobre las medidas cautelares que podía dictar un tribunal arbitral, la propuesta de preparar reglas uniformes para los casos en que una parte en un acuerdo de arbitraje acudiera a un foro judicial para solicitar una medida cautelar (véase A/CN.9/468, párrs. 85 a 87). Se señaló que era especialmente importante para las partes tener acceso efectivo a esa asistencia judicial antes de que el tribunal arbitral se constituyera, aunque también después de la constitución del tribunal arbitral podía tener una parte razones fundadas para solicitar la ayuda judicial. Se añadió que esas solicitudes podrían hacerse a los tribunales judiciales del Estado en que tuviera lugar el arbitraje o a los de otro Estado.

9. Se observó que en cierto número de Estados no había disposiciones sobre la facultad de los tribunales judiciales para decretar medidas cautelares en favor de las partes en acuerdos de arbitraje; por lo que en algunos Estados los tribunales no estaban dispuestos a dictar esas medidas provisionales, en tanto que en otros reinaba incertidumbre acerca de la posibilidad de prestar esa clase de asistencia judicial y las circunstancias en que se haría. Se dijo que si el Grupo de Trabajo decidía preparar disposiciones uniformes en la materia, al examinar el contenido de las propuestas sería conveniente utilizar los Principios de la Asociación de Derecho Internacional sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales y la labor preparatoria que dio lugar a la adopción de esos principios.

10. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta y decidió examinarla en un futuro período de sesiones.

11. En su 33º período de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 1º de diciembre de 2000, el Grupo de Trabajo examinó la labor preparatoria realizada por la Secretaría al respecto (véase A/CN.9/WG.II/WP.111, párrs. 2 a 29) y expresó su apoyo a la labor futura encaminada a reforzar la eficacia del arbitraje en el comercio internacional. Si bien se señaló que el asunto era de carácter procesal, esfera esta en que la armonización siempre había resultado difícil de lograr, se indicó que era conveniente que hubiese certeza jurídica en la materia en aras del buen funcionamiento del arbitraje comercial internacional. Se observó que la labor correspondiente debía fundarse en información empírica amplia y que la Secretaría se habría de poner en contacto con los gobiernos y las organizaciones de arbitraje con miras a obtener esa información. Se pidió a la Secretaría que preparara estudios y propuestas preliminares sobre la base de la información que recibiera.

12. La Secretaría preparó un breve cuestionario que se envió a los gobiernos a fin de recabar información sobre la competencia de los tribunales para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje y ejemplos de medidas que se hubiesen dictado.

13. En la primera parte de la presente nota se resume la información obtenida de los cuestionarios sobre medidas cautelares decretadas por tribunales judiciales o arbitrales. En la segunda parte figura un resumen de la labor que realizan otras organizaciones internacionales en materia de medidas cautelares dictadas por foros judiciales. En la tercera parte se proponen medios y arbitrios para abordar algunas de las cuestiones planteadas sobre la base de los debates del Grupo de Trabajo y una revisión del proyecto de texto examinado por el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones, celebrado en 2001.

II. Información general sobre las medidas cautelares en el derecho interno

A. Observaciones generales

14. Las medidas cautelares desempeñan un papel fundamental en muchos ordenamientos jurídicos en lo que respecta a facilitar tanto el proceso de litigación judicial como el arbitraje. Los tribunales judiciales y arbitrales suelen recibir la solicitud de una de las partes en el procedimiento de arbitraje para que dicten esas medidas. Las órdenes dictadas por un tribunal judicial pueden estar dirigidas a una de las partes en la controversia, a las dos partes o a terceros. Las dictadas por un tribunal de arbitraje por lo general no están dirigidas a terceros. Las medidas cautelares suelen ser de carácter temporal y abarcan únicamente el período que transcurre hasta el pronunciamiento del laudo arbitral. Según la medida de que se trate, las circunstancias que justifican que siga existiendo ya no rigen en el momento en que se pronuncia el laudo o en que la medida provisional se fusiona con el laudo. Esas medidas, que se denominan de diversa manera (medidas cautelares, órdenes provisionales, laudos provisionales, medidas de conservación, o mandatos preliminares) en general obedecen a dos razones. En primer lugar, tienen por objeto preservar la posición de las partes mientras no se resuelve el litigio, función a la que se denomina con frecuencia “mantener el statu quo”. Una segunda finalidad es garantizar que el laudo o fallo definitivo se pueda ejecutar conservando bienes o haberes que se puedan utilizar para darle curso en la jurisdicción que corresponda. Nada parece indicar que en el contexto del arbitraje comercial internacional los objetivos difieran de los que se persiguen en el contexto de la litigación nacional.

15. Al considerar la manera de abordar algunas de las cuestiones relativas a la posibilidad de que los tribunales judiciales decreten medidas cautelares en apoyo del arbitraje, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de la importancia de garantizar que las partes que decidan resolver sus controversias por medio del arbitraje no pierdan ninguno de los derechos a valerse de medidas cautelares que habrían tenido recurriendo a la vía judicial. Ese criterio coadyuvaría a lograr las metas de compatibilidad y uniformidad.

B. Clasificación de las medidas cautelares

16. Las medidas cautelares se pueden dividir en diversas categorías. Si bien la distinción entre esas categorías no siempre resulta clara y determinadas medidas pueden estar comprendidas en más de una, la división puede ayudar a comprender en qué medida ciertos ordenamientos jurídicos pueden restringir la facultad para

dictar ciertas clases de medidas como el embargo. No se sugiere que las disposiciones uniformes que prepare la CNUDMI comprendan una clasificación ni fomenten esas restricciones. En un sentido amplio, las medidas cautelares algunas veces se dividen en dos categorías principales: las medidas encaminadas a evitar daños, perjuicios o pérdidas y las encaminadas a facilitar la ejecución posterior del laudo.

1. Medidas para evitar o reducir al mínimo los daños, perjuicios o pérdidas

17. El propósito de esas medidas es evitar o minimizar las pérdidas o los daños, por ejemplo, manteniendo determinada situación hasta que se resuelva una controversia con el pronunciamiento de un laudo definitivo, y evitar los perjuicios, por ejemplo, preservando el carácter confidencial. Esas medidas comprenden:

a) La orden de que los bienes que son objeto del litigio queden en posesión de una de las partes pero sean preservados, o de que queden en poder de un depositario (lo que en algunos ordenamientos jurídicos se llama secuestro);

b) La orden de que el demandado entregue bienes al demandante con la condición de que éste otorgue garantía por el valor de los bienes y de que el demandado pueda ejecutar la garantía si la demanda resulta ser infundada;

c) La orden de inspección, desde un primer momento, cuando resulte evidente que determinada situación puede cambiar antes de que el tribunal arbitral aborde la cuestión conexa. Por ejemplo, si la controversia se relaciona con el fondeo de buques en un puerto y se sabe que éste va a pasar a ser una zona de construcción, el tribunal arbitral puede dictar órdenes de inspección del puerto en las primeras etapas;

d) La orden de que una de las partes proporcione cierta información a la otra, como un indicativo de acceso a una computadora, lo que le permitiría, por ejemplo, seguir realizando o concluir cierta labor;

e) La orden de vender bienes perecederos y de que el producto de la venta quede en poder de un tercero;

f) El nombramiento de un administrador para la gestión de los bienes generadores de ingresos que se hallan en litigio, cuyo costo se sufragará conforme a lo dispuesto por el tribunal arbitral;

g) La orden de que se siga ejecutando el contrato en litigio;

h) La orden de adoptar medidas apropiadas para evitar la pérdida de un derecho, por ejemplo, pagando la renovación de una marca comercial o la prórroga de una licencia de programas informáticos;

i) La orden de no revelar determinada información y de adoptar medidas para garantizar que no se revele.

2. Medidas para facilitar la ejecución de un laudo

18. Las medidas que tienen por objeto facilitar la ejecución posterior de un laudo comprenden:

a) La orden de inmovilizar bienes mientras no se dirima la controversia, de no retirar bienes o el objeto del litigio de una jurisdicción y de no enajenar bienes en el Estado en que se pida la ejecución del laudo;

b) Órdenes relativas a bienes que pertenecen a una de las partes en el arbitraje y están bajo el control de un tercero (por ejemplo, para impedir que un banco libere fondos de una de las partes);

c) La garantía del monto en disputa, lo que entraña, por ejemplo, depositar una suma en determinada cuenta, entregar determinados bienes, o la presentación de una garantía por un tercero, que puede ser un banco o un fiador;

d) La garantía de las costas del arbitraje, lo que puede requerir, por ejemplo, que se deposite una suma o se dé una fianza o garantía, generalmente para cubrir los gastos del demandado si la acción del demandante no prospera.

C. Competencia para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje

19. Si bien las normas procesales de cada Estado pueden diferir, la solicitud de medidas cautelares a una autoridad judicial puede comprender varias etapas con objeto de determinar en qué condiciones y con qué alcance puede estar facultado el tribunal para dictar medidas cautelares relativas a un arbitraje comercial internacional. En primer lugar, la competencia para decretar medidas cautelares puede ser compartida entre el tribunal arbitral y los tribunales judiciales nacionales. En segundo lugar, se plantea la cuestión de establecer el límite entre la competencia del tribunal arbitral y del tribunal judicial para dictar una medida cautelar en particular. También es importante resolver la cuestión de la ejecución de la medida provisional (cuestión que examina actualmente el Grupo de Trabajo; véase A/CN.9/487, párrs. 76 a 87).

20. Los ordenamientos jurídicos adoptan diversos criterios para abordar la cuestión de las medidas cautelares en apoyo del arbitraje y de la institución a la que se pueden encomendar. En términos generales, esas medidas están comprendidas en tres categorías principales: las que incumben al tribunal judicial, las que se reservan para el tribunal de arbitraje una vez que se haya constituido o que se hayan iniciado las actuaciones arbitrales y las que tanto el tribunal judicial como el de arbitraje están facultados para dictar. También hay leyes en que no se prevé específicamente la competencia del tribunal y, en consecuencia, no se sabe a ciencia cierta si está facultado para dictar medidas en apoyo del arbitraje. En algunos de esos países, sin embargo, los tribunales han interpretado que, a falta de una prohibición expresa, están facultados para hacerlo. En algunas jurisdicciones federales o no unitarias, la competencia para dictar medidas cautelares puede estar dividida entre diferentes categorías de tribunales -algunas medidas pueden ser de competencia de un Estado, de una provincia o de un cantón- y estar prevista con mayor o menor detalle en las respectivas leyes.

1. Competencia exclusiva de los tribunales judiciales

21. En muchos ordenamientos jurídicos se reconoce como principio general que los tribunales judiciales pueden dictar medidas cautelares en apoyo de actuaciones arbitrales. Esta competencia suele incluirse en forma expresa en las leyes de procedimiento arbitral o civil y los tribunales pueden decretar medidas cautelares tanto antes de las actuaciones arbitrales con durante éstas. En algunas de esas leyes se dispone que únicamente el tribunal judicial está facultado para decretar medidas cautelares, antes o después de la iniciación de las actuaciones o de la constitución del tribunal arbitral[7]. En otras incluso se descarta concretamente la posibilidad de que el tribunal de arbitraje dicte medidas cautelares y hasta se llega a rechazar la ejecución del acuerdo entre las partes con objeto de conferirle la facultad para hacerlo.

2. Competencia exclusiva del tribunal arbitral

22. Otras leyes disponen que la facultad para dictar medidas cautelares corresponde exclusivamente al tribunal arbitral y que los tribunales judiciales no pueden decretar medidas cautelares en apoyo del arbitraje. La incompetencia del tribunal judicial tal vez se derive de las disposiciones que excluyen la competencia judicial cuando hay un acuerdo de arbitraje. La competencia del tribunal arbitral emana de la interpretación del acuerdo de arbitraje como un acuerdo encaminado a lograr la solución definitiva y vinculante de las controversias por parte de un tercero imparcial y ese acuerdo no puede coexistir con el derecho de cualquiera de las partes a modificar el objeto en litigio de modo que impida u obstaculice los esfuerzos del tribunal arbitral por pronunciar un laudo definitivo y eficaz[8]. Algunos tribunales judiciales han considerado que la existencia de un acuerdo de arbitraje válido entraña una decisión de las partes de excluir por completo la competencia del tribunal judicial, lo que comprende la facultad de decretar medidas cautelares[9]. En algunas leyes en que la competencia para dictar medidas cautelares incumbe al tribunal arbitral, el tribunal judicial, sin embargo, puede prestar asistencia a aquél en favor de las partes en el arbitraje, lo que puede consistir en garantizar la eficacia del futuro proceso arbitral dictando medidas urgentes para preparar el caso o salvaguardar la ejecución del laudo.

23. La incompetencia de los tribunales judiciales también puede obedecer a que la ley no aborde concretamente la cuestión de la adopción de medidas cautelares en el período previo a la iniciación de las actuaciones arbitrales o a la constitución del tribunal arbitral. Puede ser imposible solicitar esas medidas a los árbitros porque el tribunal arbitral todavía no se ha constituido o porque los árbitros no están facultados para dictar la medida concreta que se solicita.

---

[7] La expresión “constitución del tribunal arbitral” tiene diferentes significados; puede ser el momento en que las partes eligen a los árbitros, la fecha de nombramiento del tribunal y la fecha de la primera sesión del tribunal, en presencia o ausencia de las partes o de sus representantes.

[8] *E-Systems, Inc. c. República Islámica del Irán* 2 Irán-U.S. Cl, Trib. Rep. 51, 57 (1983).

[9] Sin embargo, cuando se ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, queda claro que la solicitud de una medida cautelar a un tribunal judicial no es incompatible con la existencia de un acuerdo de arbitraje válido (artículo 9).

24. Habida cuenta de que la autoridad del tribunal de arbitraje emana del acuerdo de las partes, sus facultades se deben determinar examinando en primer lugar los términos en que las partes han convenido en recurrir a la vía del arbitraje. Las partes pueden haber convenido en un arbitraje institucional o en un arbitraje especial en virtud de un conjunto de normas establecidas, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En los dos casos las facultades del tribunal arbitral están determinadas por un conjunto de normas establecidas. También puede ser necesario examinar el derecho sustantivo que regula el procedimiento cuando ese derecho invalida el acuerdo de las partes o lo complementa.

3. Competencia concurrente

25. Según un tercer criterio, el tribunal arbitral y los tribunales judiciales tienen competencia concurrente para dictar medidas cautelares y las partes pueden decidir a cuál de ellos solicitarlas, si bien el tribunal judicial suele ser el único que puede dictarlas antes de que se haya constituido el tribunal arbitral. En algunas leyes en que la competencia es concurrente, la variedad de medidas que puede decretar el tribunal judicial a veces es más amplia antes de que se constituya el tribunal arbitral que después de que se haya constituido. Las medidas de conservación, por ejemplo, se pueden solicitar antes y después de que se constituya el tribunal arbitral, en tanto que algunas medidas que se adoptan a la vez con fines de conservación y ejecución únicamente se pueden dictar antes de que se constituya el tribunal arbitral.

26. En los reglamentos de arbitraje institucional en que se reconoce la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares y se aborda la división de poderes entre el tribunal arbitral y el tribunal judicial, en general se dispone que la solicitud de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial después de la remisión de la causa al tribunal arbitral o después que éste se haya constituido no es incompatible con el acuerdo de arbitraje ni se considera una renuncia a ese acuerdo[10]. En algunos reglamentos se exige a la parte solicitante que informe de la solicitud sin dilación al tribunal arbitral.

4. Competencia consecutiva

27. Otro criterio es dividir la competencia entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral en función del momento de la constitución de este último o de la apertura de las actuaciones arbitrales. En esas leyes el tribunal judicial está facultado para dictar medidas cautelares antes de que se constituya el tribunal arbitral, pero no después, ya que, una vez constituido éste, le incumbirá la facultad para dictar las medidas que se soliciten.

[10] Artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; párrafo 2 del artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); artículo 36 del Reglamento de Arbitraje Comercial de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, y artículo 25 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

5. Incertidumbre acerca de la competencia de los tribunales judiciales

28. En algunos ordenamientos jurídicos no hay certeza acerca de la competencia de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje porque ese aspecto no está regulado expresamente en las leyes de arbitraje ni en las leyes o normas de procedimiento civil. Es preciso, pues, interpretar las leyes de procedimiento civil y al hacerlo algunos tribunales consideran que la ausencia de una prohibición expresa los faculta para dictar esas medidas.

6. Limitación de la competencia

a) Tribunales judiciales

29. En algunos países los tribunales han intentado establecer los límites de sus facultades para dictar medidas cautelares. Lentamente se vienen sentando precedentes y estableciendo situaciones en que el tribunal judicial puede intervenir legítimamente en apoyo de la labor del tribunal arbitral sin usurpar su autoridad. Los resultados, sin embargo, varían de un país a otro, lo que hace difícil predecir en qué medida un tribunal nacional estará dispuesto a intervenir. Como se mencionó anteriormente, los tribunales suelen hacer una distinción entre el período anterior y posterior a la constitución del tribunal arbitral o a la iniciación del arbitraje[11].

30. Hay otras limitaciones vinculadas a la existencia de ciertas circunstancias específicas, como el hecho de estar en juego los derechos de un tercero, de haber una solicitud a instancia de parte o de que la competencia del tribunal judicial resulten más eficaz que la de un árbitro.

31. Otra limitación respecto de la cual parece haber consenso es cuando la medida solicitada se relaciona con el fondo del litigio sustantivo. En algunas legislaciones se dispone -y los tribunales de algunos países lo sostienen- que el tribunal judicial está facultado para dictar medidas cautelares, pero que esa facultad no abarca el examen del litigio sustantivo ni la decisión preliminar al respecto. Cuando la parte que solicita la medida en realidad esté tratando de obtener un fallo sobre el fondo del litigio, los tribunales desestimarán la solicitud. Según algunos informes, aun cuando los árbitros tengan amplias facultades, procuran no utilizarlas de modo que parezca que deciden sobre el fondo de la cuestión o en favor de una de las partes. De modo análogo, los tribunales judiciales se muestran reacios a utilizar sus facultades coercitivas para no adoptar una decisión que pueda resultar prematura, es decir, antes de que se hayan presentado al tribunal arbitral todos los hechos y se haya determinado la ley aplicable. Los tribunales por lo general evitarán menoscabar el fondo de la causa dictando, por ejemplo, una medida que interprete efectivamente el contrato. Al rehusarse a ejercer sus facultades para dictar medidas cautelares, algunos tribunales se refieren a la intención expresa de las partes de someter la controversia a un foro arbitral neutral y confidencial.

---

[11] Una ley nacional dispone que la competencia para dictar medidas cautelares se limita al período posterior al pronunciamiento y la inscripción del laudo en el tribunal y tiene por objeto garantizar su ejecución.

b) Tribunales arbitrales

32. Hay algunas limitaciones con respecto a la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. La primera es el momento en que adquiere la facultad (ya sea en función del momento de constituirse o de la remisión de la causa, o de alguna otra circunstancia prevista en la ley o el reglamento de arbitraje aplicable). La facultad puede surgir desde el momento en que se inicie el litigio y que se solicite la medida.

33. Una segunda limitación es que un tribunal arbitral no tiene potestad ejecutoria propia y la ejecución de una medida ordenada por un tribunal arbitral se debe solicitar a los tribunales judiciales. Una tercera limitación es que un árbitro o un tribunal arbitral no está facultado para vincular a ninguna persona que no sea parte en el arbitraje y, por consiguiente, no puede dictar una medida dirigida a un tercero.

D. El peticionario de medidas cautelares

34. Cuando el tribunal judicial tiene competencia exclusiva, hay dos criterios distintos para abordar la cuestión de quién puede solicitar medidas cautelares en apoyo del arbitraje. En algunos ordenamientos se dispone que el tribunal arbitral o el árbitro presenten la solicitud (se prohíbe expresamente que lo haga uno de los litigantes), pero en general es una de las partes en el arbitraje quien solicita la medida. También sería una de las partes quien solicitaría al tribunal arbitral la adopción de una medida cautelar.

35. En muchas leyes se admite la solicitud de medidas cautelares a instancia de parte siempre y cuando el peticionario otorgue garantía por daños y perjuicios en caso de que posteriormente se determine que no habría correspondido dictar la orden. Para obtener una medida cautelar a instancia de parte, el peticionario casi siempre está obligado a demostrar la urgencia del caso, es decir, el daño irreparable que sobrevendrá si ha de utilizar los procedimientos acostumbrados para solicitar la medida, que exigen dar aviso con mucha anticipación. Algunos ordenamientos permiten, en casos excepcionales, eximir al peticionario de otorgar garantías cuando la medida se pide antes de que se constituya el tribunal de arbitraje, algunas leyes exigen que las actuaciones arbitrales comiencen dentro de determinado período, que puede variar de unos días a unos meses.

36. Cuando se deniega la solicitud de medidas cautelares, algunas leyes permiten que el peticionario recurra con o sin autorización del tribunal. Otras leyes simplemente niegan el derecho de apelación.

E. Tipos de medidas cautelares que se pueden dictar

1. Tribunales o foros judiciales

37. En los distintos ordenamientos jurídicos las medidas provisionales cautelares se han clasificado de diversas formas. Si bien se suele utilizar la terminología “medidas cautelares y provisionales”, la distinción entre las dos clases no siempre queda clara y no hay una clasificación aceptada universalmente. Sin embargo, esa distinción puede ser importante porque en algunos ordenamientos los tribunales

pueden dictar determinada clase de medidas pero no otras, o se distingue entre las dos clases en función de las órdenes que se pueden dictar antes o después de constituirse el tribunal de arbitraje (véase, por ejemplo, el párrafo 25 *supra*). Además, los países adoptan diferentes criterios en lo que concierne al alcance de las medidas cautelares y a la variedad de medidas que pueden dictar los tribunales en apoyo del arbitraje, y se puede hacer una distinción entre las medidas que se pueden dictar en apoyo del arbitraje nacional y extranjero (véase, por ejemplo, el párrafo 45 *infra*).

38. Los tribunales pueden decretar distintos tipos de medidas. Al parecer, las órdenes más comunes son las que se dictan contra los bienes de una entidad para encomendar a determinada autoridad que se incaute o ejerza el control de dichos bienes y las que obligan a una parte a realizar o abstenerse de realizar algún acto. Algunas veces, sin embargo, la noción general de medidas cautelares comprende la adopción de medidas de procedimiento o de medidas vinculadas a la sustanciación del proceso arbitral.

39. En algunas leyes de arbitraje se enumeran los tipos de medidas de que se dispone, en tanto que en otras se mencionan de manera general, indicando que son medidas “de conservación o prevención y adecuadas concretamente para garantizar el ejercicio del derecho que se ve amenazado”. En algunos casos en que las medidas no se enumeran en la ley de arbitraje, son tratadas en el contexto arbitral de la misma forma que otras cuestiones contenciosas supervisadas por los tribunales que están previstas en las leyes de procedimiento civil y las normas procesales.

40. Pese a las diferencias de terminología, los tipos comunes de medidas que se pueden solicitar a los tribunales en apoyo del arbitraje comprenden:

a) Órdenes para proteger los bienes en disputa o ciertos derechos de índole no monetaria, generalmente dirigidas a las partes en el litigio (también llamadas “de embargo”);

b) Órdenes para impedir que una parte retire bienes o dinero que tenga en su poder o que esté en poder de un tercero (también llamadas “mandatos judiciales”);

c) Conservación, custodia o venta de bienes perecederos;

d) Órdenes para que una parte conserve bienes en su poder (también llamadas “de secuestro”);

e) Órdenes de inspección de bienes;

f) Nombramiento de un depositario para que tenga en su poder los bienes que no pueden estar en poder de ninguna de las partes mientras no se resuelva el litigio;

g) Órdenes para que una parte otorgue garantía para cubrir los gastos de la contraparte si la acción resulta infructuosa.

2. Tribunales arbitrales

41. En consonancia con el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en muchas leyes nacionales se limitan las clases

de medidas cautelares que puede dictar un tribunal de arbitraje exigiendo que se adopten medidas "necesarias respecto del objeto del litigio". En ese contexto, cabe recordar que el artículo 17 de la Ley Modelo se redactó teniendo en cuenta el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que se indica que el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá tomar todas las medidas cautelares "que considere necesarias respecto del objeto en litigio, incluso 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 perecederos". El hecho de que en esos textos se mencione "el objeto en litigio" y el ejemplo de la venta de bienes perecederos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no se suelen entender como restricción de la potestad del tribunal arbitral para dictar cualquier clase de medidas cautelares que considere apropiadas. No obstante, por lo menos un comentarista ha concluido que al mencionarse el "objeto en litigio" y la "conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio" se da a entender que se trata de medidas relativas a la conservación o venta de bienes, y no a impedir la transferencia de bienes a otra jurisdicción. En comparación, el lenguaje utilizado en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que faculta a un tribunal arbitral para "ordenar cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas", se considera una forma de disponer, quizá, de una mayor discrecionalidad. El Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos también puede ser más amplio, ya que en él se dispone que el tribunal arbitral "adopte todas las medidas provisionales que considere necesarias" y no se hace referencia alguna al objeto en litigio. La revisión del artículo 17 de la Ley Modelo tal vez constituya una ocasión propicia para aclarar el malentendido, ya sea modificando la disposición o dando explicaciones apropiadas en la guía para la incorporación al derecho interno.

F. Requisitos para decretar medidas cautelares

42. En muchos ordenamientos se establecen varios requisitos previos a la adopción de medidas cautelares por parte de los tribunales en apoyo del arbitraje. Los más comunes son:

a) Que el peticionario otorgue garantía apropiada por los daños que pueda acarrear la orden que se dicte;

b) Que haya una necesidad urgente de adoptar la medida que se solicita;

c) Que el peticionario demuestre que si no se adopta la medida cautelar habrá daños considerables, lo que generalmente se llama "daño irreparable" o "daño sustancial"[12]; y

d) En la mayoría de los ordenamientos, que exista la posibilidad de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo de la controversia.

43. Los requisitos previos a la adopción de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral dependen de la ley aplicable y de las normas que regulen el proceso

[12] El concepto de daño irreparable por lo general entraña el hecho de que el daño que se provoque no se pueda indemnizar de manera apropiada con ninguno de los recursos judiciales de que se dispone, es decir, con indemnización por daños y perjuicios.

de arbitraje. Las condiciones previas para decidir la adopción de medidas cautelares suelen estar establecidas en la ley aplicable, si bien no hay uniformidad en esa esfera y las leyes y reglamentos no detallan los requisitos, aun cuando las medidas cautelares pueden tener consecuencias profundas. En muchos reglamentos internacionales se da al tribunal arbitral amplia discrecionalidad para determinar si una medida cautelar es apropiada[13] o necesaria[14]. Las condiciones más comunes son el carácter urgente de la cuestión que se procura abordar con la medida cautelar, que exista un riesgo para el objeto en litigio, la posibilidad de que se produzca un daño irreparable, grave o emergente si no se concede la medida solicitada, que no se disponga de otro recurso y que se otorgue garantía[15].

G. Medidas cautelares dictadas por los tribunales en apoyo de un arbitraje extranjero

44. En una controversia internacional en que se solicitan medidas cautelares en un país que no es el del arbitraje surge el problema de la competencia: ¿son competentes los tribunales nacionales para otorgar medidas cautelares en apoyo del arbitraje extranjero, y en qué se funda esa competencia? Como regla general, las medidas dirigidas a bienes concretos o al tercero que los tenga en su poder muy probablemente estarán más limitadas desde el punto de vista territorial que un mandato judicial contra la parte personalmente. El mandato judicial contra la parte se aplicará independientemente del lugar en que estén situados los bienes.

45. Los países han adoptado diferentes criterios para abordar la cuestión de las medidas en apoyo del arbitraje extranjero. Las leyes de algunos países permiten recurrir a los tribunales no sólo cuando el arbitraje tiene lugar en el país del tribunal, sino también cuando las actuaciones arbitrales se desarrollan en otro país. En las leyes se suele mencionar como requisito para la aplicación de medidas cautelares la necesidad de que la medida se pueda ejecutar en la jurisdicción del tribunal que dicta la orden, por ejemplo, exigiendo la presencia de bienes en el territorio (sean o no de un residente)[16], o la presencia del destinatario de la medida[17]. En algunos países, por ejemplo, la ley exige que el destinatario esté bajo

[13] Párrafo 1 del artículo 23 del Reglamento de la CCI, y apartado a) del artículo 25.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

[14] Párrafo 1 del artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI, y párrafo 1) del artículo 23 del Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos.

[15] El Reglamento de la CNUDMI dispone: “El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas” (párrafo 2 del artículo 26); en virtud del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, el tribunal arbitral puede ordenar a una parte que otorgue “garantía para costas y otros gastos” y “en las condiciones que el tribunal arbitral considere apropiadas”. Algunas leyes nacionales que facultan expresamente a los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares también disponen la facultad expresa para exigir la garantía apropiada, ya sea pagando una suma concreta (en Guatemala, el 10% del monto que se reclama) u otorgando fianza, caución u otra clase de garantía.

[16] En algunas leyes ciertas medidas sólo se pueden admitir cuando los bienes respecto de los cuales se solicita la medida pertenecen a deudores no residentes.

[17] Por ejemplo, la legislación de un país dispone que la competencia que se confiera a los tribunales judiciales con respecto a las medidas cautelares se puede ejercer aun cuando la sede del arbitraje no se encuentre en el país o no se haya designado ni determinado. No obstante, el tribunal judicial podrá denegar la medida cautelar si, a su juicio, no procede admitirla debido a que la sede del arbitraje no está en el país. Como se trata de una ley promulgada recientemente, no queda totalmente claro cómo ejercerán los tribunales esa facultad discrecional. Parece probable que si los tribunales judiciales del país de la sede del arbitraje tienen

la jurisdicción del tribunal para que éste pueda ordenar o hacer ejecutar una medida cautelar.

46. Otras condiciones exigidas por algunos ordenamientos jurídicos para la concesión de medidas cautelares en apoyo del arbitraje extranjero son: que el laudo arbitral extranjero se pueda ejecutar en la jurisdicción del tribunal que ordena la medida[18]; que se haya informado cabalmente de la existencia del acuerdo de arbitraje[19]; que la solicitud de la medida cautelar haya sido formulada por el tribunal arbitral, o que se cumplan las condiciones establecidas en la legislación del país en que se solicita la medida[20]. Algunas veces también se dispone que las medidas cautelares que se hayan de ejecutar fuera del país sólo se podrán ordenar si existe la posibilidad de ejecutarlas en la jurisdicción extranjera.

47. En muchos países, no obstante, la ley no prevé que los tribunales nacionales presten esa clase de asistencia. En algunos, un tribunal sólo puede dar curso a la solicitud de medidas cautelares si previamente se le ha solicitado una decisión sobre el fondo del litigio, lo que evidentemente no es posible cuando existe un acuerdo de arbitraje. En otros casos, los tribunales pueden ordenar medidas cautelares cuando el arbitraje tiene lugar en la jurisdicción del tribunal, pero no en el extranjero[21].

48. En otro grupo de países la posición no es clara, ya sea porque la legislación pertinente no aborda la cuestión o porque no se ha informado de casos en que se haya solicitado una orden[22].

III. Labor internacional en relación con las medidas cautelares

49. Varias organizaciones internacionales han examinado cuestiones relacionadas con la disponibilidad, eficacia y ejecución de las medidas cautelares a nivel internacional y algunas de ellas están redactando textos con disposiciones pertinentes.

---

competencia para dictar medidas cautelares, el tribunal nacional puede considerar que el foro natural para conceder esas medidas son los tribunales de la sede del arbitraje y, por consiguiente, rechazará la solicitud.

[18] Austria, Exekutionsordnung s387(2).

[19] El Canadá (*Rurkohle Handel Inter GmbH et al y Fednav Ltd. et al*, fallo no registrado de la Corte Federal del Canadá, Trial Division T-212-91) apoya la opinión de que un embargo se puede mantener con respecto a un arbitraje extranjero siempre y cuando se haya informado cabalmente del acuerdo de arbitraje y posteriormente se suspendan las actuaciones judiciales.

[20] Los tribunales judiciales alemanes no distinguen entre actuaciones arbitrales extranjeras y nacionales siempre y cuando el Código de Procedimiento Civil disponga la competencia de un tribunal del Estado para dictar medidas cautelares. En Grecia, siempre y cuando se cumplan las condiciones del Código de Procedimiento Civil nacional con respecto a las medidas cautelares, los tribunales dictarán medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero.

[21] En la India los tribunales han interpretado que la Ley de Arbitraje y Conciliación de 1996 los faculta para adoptar medidas provisionales únicamente en apoyo de un arbitraje nacional. En China parecería que no es posible solicitar una medida provisional si la sede del arbitraje está en otro país.

[22] En los Estados Unidos de América no hay ninguna disposición en las leyes estatales ni en la Ley Federal de Arbitraje que permita a los tribunales conceder medidas cautelares cuando las partes han convenido en recurrir a la vía del arbitraje, salvo en el caso del arbitraje marítimo (9 USC §8). No obstante, los tribunales estadounidenses se han declarado competentes para dictar medidas cautelares amparándose en las leyes estatales. Véase: *David L. Threlkeld & Co. c. Metallgesellschaft Ltd.*, 923 F.2d 245, 253 Nº 2 (2d Cir.1991) y *Borden Inc. c. Meiji Milk Products Co. Ltd.*, 919 F. 2d 822 (2d Cir. 1990).

A. Principios de la Asociación de Derecho Internacional

50. En su 67ª Conferencia, celebrada en 1996, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) aprobó los "Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales"[23] (los "Principios de la ILA), preparados por un grupo de expertos bajo la égida de la Asociación (el texto de los Principios se reproduce literalmente en el párrafo 108 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108).

51. En los Principios de la ILA se procura establecer reglas de aplicación general para prestar asistencia en materia de reforma legislativa en los planos nacional e internacional sobre la competencia independiente de los tribunales para dictar medidas cautelares a efectos de conservar bienes con miras a la ejecución de un fallo definitivo[24]. Los Principios se redactaron a la luz de "un paradigma de medidas encaminadas a inmovilizar los bienes de que disponga el demandado en forma de sumas depositadas en un banco que actúe como tercero"[25]. La ILA recomendó la posible utilización de los Principios por parte de la CNUDMI y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en reformas legislativas nacionales[26]. Cabe observar, sin embargo, que los Principios se redactaron en el contexto del proceso de litigación internacional, no en relación con las medidas cautelares dictadas por un foro judicial en apoyo de un arbitraje internacional. No obstante, varias de las cuestiones abordadas resultan pertinentes al examen de las medidas cautelares dictadas por los tribunales en apoyo de actuaciones arbitrales. A continuación se resumen los Principios.

Ámbito de aplicación (principios 1 y 2)

52. En los Principios se considera que las medidas cautelares que se adoptan en los litigios civiles y comerciales cumplen dos objetivos: a) mantener el statu quo en espera de que el tribunal resuelva el litigio; o b) garantizar la accesibilidad a ciertos bienes con objeto de dar curso al fallo definitivo. Esa es la distinción que se hace comúnmente en los ordenamientos jurídicos nacionales y refleja la necesidad de disponer de distintas clases de medidas cautelares (véanse A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 63, y los párrafos 16 a 18 *supra*). Los Principios se centran en las medidas comprendidas en la categoría b) simplemente porque esas medidas son las más comunes y, por ende, pueden ser objeto de un análisis comparativo.

Acceso a las medidas cautelares (principio 3)

53. Aplicados al contexto del arbitraje, los Principios parecen indicar la conveniencia de que las medidas cautelares estén al alcance de extranjeros y

---

[23] Asociación de Derecho Internacional, informe de la 67ª Conferencia, celebrada en Helsinki del 12 al 17 de agosto de 1996 - segundo informe provisional del Comité de Litigación Civil y Comercial Internacional sobre medidas cautelares en los litigios internacionales, publicado por la Asociación de Derecho Internacional (ILA), Londres 1996.

[24] El principio de independencia de la competencia para dictar medidas cautelares está en consonancia con el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968 (y el Convenio de Lugano) relativa a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[25] Informe de la ILA, pág. 186.

[26] Informe de la ILA, pág. 201.

ciudadanos por igual y se decreten en apoyo de arbitrajes nacionales y extranjeros. (Como se observó más arriba, en la práctica hay variaciones con respecto a la disponibilidad de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero.)

Carácter discrecional de la concesión de medidas cautelares (principio 4)

54. La concesión de medidas cautelares por lo general sería discrecional, no obligatoria, y estaría sujeta a ciertas consideraciones especiales, que podrían comprender, por ejemplo, la presunción del valor de los argumentos del demandante con respecto al fondo del litigio y las consecuencias relativas para las partes de admitir o rechazar la medida.

55. La jurisprudencia de varios países revela que los tribunales no están dispuestos a decretar medidas cautelares en apoyo del arbitraje en ninguna situación que entrañe un examen preliminar del fondo de la causa. La decisión del tribunal de admitir la medida cautelar suele depender en gran medida de la urgencia de ésta y del posible daño que sufriría el peticionario en caso de rechazarse. Si queda claro que la intención del peticionario no es simplemente frustrar las actuaciones arbitrales, al parecer habría más probabilidades de que se ordenara la medida, y el tribunal evitaría tener que examinar las cuestiones sustantivas.

Ocultación de bienes (principio 5)

56. En los Principios se reconoce que el demandado no debería tener derecho a ocultar sus bienes poniéndolos, por ejemplo, en una sociedad o en fideicomiso y reteniendo aún la propiedad, de hecho o en usufructo. El Comité de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) indicó, pese a establecer el principio general, que ese problema era complejo y se debía seguir investigando y analizando.

Debidas garantías procesales y protección del demandado (principios 6 a 8)

57. Si bien no siempre es posible dar aviso al demandado de la solicitud de medidas cautelares, especialmente cuando el factor sorpresa es importante, como regla general éste tiene derecho a que se le informe cuanto antes de la medida ordenada. En los Principios se hace hincapié en que ha de darse al demandado la oportunidad de ser escuchado en un plazo razonable para impugnar, si procede, la medida cautelar ordenada.

58. Otra salvaguardia para el demandado es que el tribunal puede exigir al demandante garantía u otras condiciones (como el compromiso de indemnizar al demandado si la medida resulta ser injustificada) por los posibles daños que sufra el demandado o un tercero a causa de la medida, por ejemplo si es injustificada o demasiado amplia. Si no bastara con asumir el compromiso de indemnizar por daños y perjuicios y el tribunal considerara la posibilidad de ordenar que se otorgara garantía, habría que considerar también la capacidad del demandante para responder

a una demanda por daños y perjuicios. Las condiciones que pueden imponerse a la medida suelen depender considerablemente del tipo de medida solicitada[27].

Acceso a la información relativa a los bienes del demandado (principio 9)

59. En algunos países el demandante no tiene derecho, por ejemplo, a que un tercero le informe de los bienes que el demandado tiene en el banco. En otros ordenamientos jurídicos hay más disposiciones sobre el suministro de información auxiliar. Como se observa en los Principios de la ILA, esas dos posiciones diferentes están basadas en importantes políticas en pugna: la necesidad de revelar información, particularmente en caso de dolo, para que el demandante descubra y recupere los bienes, y la importancia de respetar el secreto bancario y el derecho a mantener reserva sobre los asuntos financieros personales.

Competencia (principios 10 a 12, 16 y 17)

60. Una limitación para la concesión de medidas cautelares en apoyo de actuaciones extranjeras puede ser la exigencia de que los tribunales del foro en que se solicita la medida ejerzan competencia sobre el litigio sustantivo. En algunos países, por ejemplo, algunas medidas cautelares no se pueden decretar si las actuaciones sustantivas no tienen o no tendrían lugar en un tribunal judicial o arbitral del mismo país. En otros casos, sólo se pueden decretar medidas cautelares en apoyo de actuaciones judiciales que tengan lugar en el grupo de países que son parte en determinados convenios (por ejemplo, el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). En otros, eso se aplica a las actuaciones judiciales que tengan lugar en cualquier otro país, sin que la ley disponga expresamente que el tribunal del país en que se solicita la medida pudiera declararse competente en relación con las cuestiones sustantivas de la demanda. En esos países los tribunales han indicado que las medidas cautelares no se deberían limitar a casos excepcionales[28], siempre y cuando no se decreten por costumbre o sin reflexionar detenidamente. Por ejemplo, se podría considerar si la medida obstaculizaría u obstruiría la sustanciación de la causa por parte del tribunal que entiende en las actuaciones sustantivas, si podría plantear riesgos de conflicto, superposición o incompatibilidad con órdenes dictadas por otros tribunales, y si se pidió al tribunal principal que decretara la medida y éste se negó a hacerlo.

61. En los Principios de la ILA se propone que la competencia se pueda determinar por la mera presencia de bienes, con ciertas condiciones, entre ellas, que la presencia de bienes (o, más bien, la concesión de una medida cautelar en relación con esos bienes) no se utilice como base para justificar una competencia sustantiva más general. Esa condición refleja la posición común de varios países; el peticionario tendría la obligación de interponer una acción sustantiva, dentro de un plazo razonable, ante el propio foro o en el extranjero y debe existir cierta

[27] Por ejemplo, en Suecia, en la sección 6 del capítulo 15 del Código del Proceso se dispone que la garantía es esencial para que se admita la medida cautelar. La garantía puede ser una carta personal, caución o promesa, o una garantía bancaria. El peticionario puede estar exonerado de esa obligación únicamente si demuestra razones extraordinarias para la demanda: Código del Proceso, capítulo 2, página 25.

[28] Por ejemplo, *Crédit Suisse Fides Trust c. Cuoghi* [1998] Queen's Bench Division 818 (Reino Unido).

posibilidad de que el fallo pronunciado en otro país se reconozca en el foro que decretó la medida cautelar.

62. Según las leyes de muchos países, el tribunal que ejerce competencia de manera legítima sobre el fondo del litigio puede dictar una amplia variedad de órdenes al demandado personalmente. Las facultades del tribunal abarcarían la posibilidad de decretar medidas cautelares dirigidas al demandado personalmente con objeto de inmovilizar sus bienes, independientemente del lugar en que se encuentren y de si el demandado está o estuvo físicamente presente en el territorio.

63. No obstante, cuando el tribunal no ejerza competencia sobre el fondo del litigio, sino únicamente sobre la concesión de medidas cautelares, hay que actuar con prudencia. La competencia del tribunal puede limitarse únicamente a los bienes situados en su jurisdicción, en particular con objeto de proteger a terceros de los conflictos de competencia que pudieran surgir. A reserva de lo dispuesto en el derecho internacional, la ubicación de los bienes será determinada por la ley del foro (incluidas sus reglas de conflicto de leyes).

Duración de la validez de la medida cautelar (principio 13)

64. La medida cautelar tendrá un plazo de validez determinado. Ese principio está vinculado al derecho del demandado a ser escuchado. También puede ser importante cuando la medida solicitada sea controvertible, por ejemplo, si se ha adoptado a instancia de parte, o si puede resultar particularmente onerosa para el demandado en caso de que se prolongue. En el caso de las medidas dictadas a instancia de parte, el requisito de que el peticionario vuelva al tribunal para renovarla servirá para que el demandado sea escuchado en ese momento. El tribunal podrá entonces considerar la posibilidad de renovar la medida a la luz de las actuaciones del tribunal arbitral que entienda en la acción sustantiva.

Obligación de informar (principio 15)

65. Se debe exigir a la parte que solicita las medidas cautelares que informe sin demora al tribunal arbitral de las órdenes que se hayan dictado a su solicitud. También es importante que se exija al peticionario que informe al tribunal al que solicita la orden del desarrollo de las actuaciones arbitrales sobre el fondo de la controversia y de las actuaciones relativas a medidas cautelares que se hayan decretado en otros países (la obligación de informar se examina en el contexto de la ejecución de las medidas cautelares, en el párrafo 64 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110).

Reconocimiento transfronterizo y asistencia judicial internacional (principios 18 a 20)

66. Sin ánimo de imponer la obligación de reconocer órdenes dictadas en otros Estados, fomentar la cooperación para dictar órdenes complementarias a nivel local puede dar lugar a resultados tangibles, tanto en materia de reconocimiento como de asistencia judicial. A petición de una de las partes, un tribunal judicial puede tener en cuenta las órdenes dictadas en otros países. También puede ser apropiado que los

tribunales cooperen, si es necesario, para que surtan efecto las órdenes dictadas por otros tribunales, así como adoptando las medidas que procedan en su jurisdicción.

67. El hecho de que las órdenes sean de índole provisional y no definitiva o concluyente no debe constituir, por sí mismo, un obstáculo para la cooperación ni incluso para el reconocimiento o la ejecución (la ejecución de las medidas cautelares se examina en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.110, párrafos 52 a 80; A/CN.9/WG.II/WP.113, párrafos 17 y 18, y A/CN.9/487, párrafos 64 a 87).

B. Preparación del proyecto de principios fundamentales y normas de procedimiento civil transnacional del American Law Institute y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

68. Se trata de un proyecto mixto encaminado a redactar normas de procedimiento que los países puedan adoptar para solucionar las controversias que se planteen en las transacciones internacionales. Los principios tienen por objeto servir de guía para la interpretación de las normas y se podrían adoptar como principios de interpretación. También se podrían adoptar como directrices para la interpretación de códigos de procedimiento nacionales vigentes. Correlativamente, el proyecto de normas se puede considerar una ejemplificación de los principios. La revisión del proyecto de principios fundamentales efectuada en noviembre de 2001 contiene los siguientes principios relativos a las medidas cautelares:

> “3.3 Se podrá ejercer competencia en relación con el secuestro de bienes situados en el Estado del foro, pero sólo si no se dispone de ningún otro foro que resulte razonablemente conveniente.
>
> 3.4 Se podrán dictar medidas cautelares con respecto a los bienes situados en el Estado del foro, aun cuando la controversia esté sometida a la competencia de los tribunales de otro Estado.
>
> 4.3 No se exigirá a una persona que otorgue garantía para cubrir gastos, o por responsabilidad con respecto a medidas cautelares, únicamente porque no se domicilie en el Estado del foro. De ningún modo puede verse restringido el acceso a la justicia por la obligación de otorgar garantía para cubrir gastos.
>
> 26.1 Se dispondrá de procedimientos para la ejecución sin demora, rápida, eficaz y eficiente de una medida cautelar, un fallo por una suma, incluidas las costas, o un mandato judicial que se dicte en el curso de un proceso regido por los presentes principios.
>
> 27.1 Un fallo definitivo o una medida cautelar que se dicte en el curso de un proceso regido por los presentes principios y su fuerza ejecutiva se reconocerán de la misma manera en el foro y en otros Estados que otros fallos o medidas cautelares del foro.
>
> 28.1 Los tribunales de los Estados que hayan reconocido los presentes principios prestarán apoyo a los tribunales de cualquier otro Estado en el que se esté sustanciando un litigio en virtud de los presentes principios, lo que comprende decretar medidas cautelares o prestar asistencia para la determinación, conservación o remisión de pruebas directamente pertinentes.”

69. La versión del proyecto de normas de noviembre de 2001 contiene las siguientes disposiciones (con comentarios) sobre las medidas cautelares:

"17.1 De conformidad con las leyes del foro, y a reserva de los convenios internacionales aplicables, el tribunal podrá dictar un mandato para que una persona que esté sometida a su autoridad realice o se abstenga de realizar un acto, si es necesario para mantener el status quo o impedir un daño irreparable durante el litigio. El alcance de esa medida estará regulado por el principio de la proporcionalidad.

17.1.1 El tribunal podrá dictar el mandato antes de que la otra parte tenga oportunidad de responder únicamente si hay pruebas para demostrar la necesidad urgente de la medida y predominan las razones para determinar su equidad. La parte o las personas sobre las que recaiga el mandato judicial tendrán oportunidad de responder acerca de la idoneidad de éste lo antes posible.

17.1.2 Tras escuchar a los interesados, el tribunal podrá dictar, anular, renovar, o modificar el mandato.

17.1.3 El peticionario deberá indemnizar plenamente a la persona contra la que se dicte el mandato judicial si éste resulta injustificado.

17.1.4 El tribunal podrá exigir al peticionario de la medida cautelar que otorgue garantía o asuma la obligación de indemnizar a la persona contra la que se dicte el mandato judicial.

17.2 Un mandato judicial puede impedir que una persona que esté sometida a la competencia del tribunal transfiera bienes, dondequiera que estén situados, antes de que concluya el litigio, así como exigir a una parte que revele sin demora dónde se encuentran sus bienes, incluidos los que están bajo su control, y las personas cuya identidad o ubicación sean pertinentes.

17.3 Cuando los bienes estén situados en otro país, el reconocimiento y la ejecución del mandato judicial previsto en el apartado anterior se regirán por las leyes del país en que los bienes estén situados y por medio de un mandato del tribunal competente de ese país.

34.2 El mandato del tribunal de primera instancia por el que se admita o rechace una medida solicitada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17 estará sujeto a revisión inmediata. El mandato seguirá teniendo efecto durante la revisión, salvo que el tribunal que la lleve a cabo disponga lo contrario."

70. Los comentarios sobre las normas son los siguientes:

"C-17.1 Por "mandato judicial" se entiende la orden por la que se exige o se prohíbe la realización de determinado acto, por ejemplo, conservar bienes en las condiciones en que se encuentran. En el artículo 17.1 se autoriza al tribunal a dictar un mandato, que puede ser afirmativo, es decir, exigir que se lleve a cabo determinado acto, o negativo, es decir, prohibir determinado acto o medida. La posibilidad de obtener otros recursos o medidas provisionales, como el embargo o el secuestro, debe estar determinada por la ley del foro, incluidos los principios aplicables de derecho internacional.

C-17.2 En el artículo 17.1.1 se autoriza al tribunal a dictar el mandato sin dar aviso a la persona contra la cual se dirige, si así lo justifica la necesidad urgente de la medida. La 'necesidad urgente' que se exige como base para dictar un mandato judicial a instancia de parte es un concepto práctico, como lo es el de la preponderancia de razones para determinar la equidad de la medida. Esto último corresponde al concepto del *common law* del "equilibrio de equidades". Las razones para determinar la equidad de una medida comprenden el valor de los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio, la urgencia de la medida y la carga que en la práctica se impondría si se decretara. Esa clase de mandato judicial se suele denominar "mandato judicial a instancia de parte". En el proceso del *common law* se suele denominar "interdicto provisional".

Al examinar una solicitud de mandato judicial a instancia de parte, el tribunal debe determinar si el peticionario ha demostrado en forma fehaciente y específica que la medida es necesaria para impedir el empeoramiento irreparable de la situación que se ha de abordar en el litigio y que sería imprudente aplazarla hasta que la otra parte tenga la posibilidad de ser escuchada. Incumbe al peticionario la obligación de justificar la medida. No obstante, debe darse lo antes posible a la otra parte o a la persona a quien va dirigido el mandato judicial la posibilidad de ser escuchada.

C-17.3 Las normas de procedimiento o la ética por lo general exigen que la parte que solicita el mandato revele al tribunal todos los aspectos de la situación, entre ellos los que sean favorables a la otra parte. No hacerlo es un argumento para invalidar un mandato y puede dar lugar a responsabilidad por daños y perjuicios contra el peticionario.

C-17.4 Como se indica en el artículo 17.1.2, si el tribunal se ha negado a dictar un mandato a instancia de parte, de todos modos puede dictarlo tras una audiencia. Si previamente ha dictado un mandato a instancia de parte, puede renovar o modificar su orden a la luz de lo que acontezca en la audiencia. El demandante deberá demostrar que el mandato es procedente.

C-17.5 En el artículo 17.1.4 se autoriza al tribunal a exigir garantía u otra indemnización como protección contra los daños y perjuicios que pueda causar un mandato. Los detalles pertinentes se determinarán por remisión a las leyes del foro en general.

C-17.6 En el artículo 17.2 se faculta al tribunal para prohibir la transferencia de bienes situados fuera del Estado del foro y para exigir información sobre los bienes de la parte. En el Reino Unido esto se conoce como *Mareva injunction*. En el Convenio de Bruselas se exige el reconocimiento de ese mandato judicial por los signatarios del Convenio porque un mandato judicial es un fallo. En ese apartado también se autoriza un mandato por el que se exija revelar la identidad y ubicación de personas para facilitar la ejecución de un fallo definitivo.

C-17.7 En el Artículo 34.2 se dispone la revisión de la orden por la que se admite o rechaza un mandato preliminar, de conformidad con el procedimiento del foro. La revisión de la orden por un tribunal arbitral de segunda instancia se regula de diversas formas en los diferentes ordenamientos, de modo que sólo se da aquí el principio general relativo a la revisión inmediata. La

garantía de una revisión es particularmente necesaria cuando se ha decretado un mandato a instancia de parte. No obstante, cabe reconocer también que llevar a cabo una revisión puede entrañar pérdida de tiempo o errores de procedimiento.

C-17.8 El artículo 17.3 trata del mandato preliminar relativo a bienes situados en otro país. En los litigios transnacionales los bienes pueden tener que ser 'inmovilizados' o 'declarados' en un país que no sea el del tribunal competente. También se plantea el problema de la ejecución de los mandatos. El reconocimiento de éstos depende de las normas y principios jurídicos del país en que estén situados los bienes.

C-34.3 En el artículo 34.2 se permite la revisión de órdenes de admisión o rechazo de un mandato en vía de apelación en la fase interlocutoria del juicio. Véase el artículo 17. El mandato sigue surtiendo efecto durante la revisión, salvo que el tribunal que la realiza disponga lo contrario. El tribunal puede determinar que el mandato cese o se revoque si las circunstancias lo justifican."

C. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: proyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil

71. El texto provisional preparado por la Mesa Permanente y los relatores sobre la base del examen realizado en la Comisión II de la primera parte de la Conferencia Diplomática, celebrada del 6 al 20 de junio de 2001, contiene variantes de disposiciones sobre las medidas cautelares, si bien todavía no se ha resuelto si cabe incluir esas medidas en el ámbito de aplicación del Convenio[29]. Estas disposiciones son las siguientes:

"Artículo 13 Medidas provisionales y cautelares

[Variante A

1. El tribunal que entienda en la causa[30] y ejerza la competencia prevista en los artículos [...] para pronunciarse sobre el fondo del litigio estará facultado para decretar medidas provisionales y cautelares[31].

2. Aun cuando un tribunal de un Estado Contratante no tenga competencia para pronunciarse sobre el fondo de un litigio, [puede] [tiene competencia

[29] En el apartado k) del artículo 1.2 se dispone que el Convenio no se aplica a:

k) Variante A

[medidas provisionales y cautelares que no sean intimaciones provisionales de pago;]

Variante B

[medidas provisionales o cautelares [que no sean las mencionadas en los artículos 13 y 23A];]

[30] Se ha sugerido que sería suficiente si el tribunal entendiera en la causa después de adoptarse la medida cautelar. Se debería añadir, pues, la expresión "o va a entender" o una expresión análoga.

[31] La calificación de "provisionales y cautelares" es acumulativa, es decir, las medidas deben cumplir los dos criterios.

para][32] decretar una medida provisional y cautelar con respecto a los bienes situados en ese Estado o cuya ejecución se limite al territorio de ese Estado a efectos de proteger temporalmente una demanda sobre el fondo del litigio que esté pendiente o que vaya a interponer el peticionario de la medida en un Estado Contratante que tenga competencia para pronunciarse sobre la demanda con arreglo a los artículos [...][33].

3. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que un tribunal de un Estado Contratante decrete una medida provisional y cautelar con objeto de proteger temporalmente una demanda sobre el fondo del litigio que esté pendiente o que vaya a interponer el peticionario en otro Estado[34].

4. En el párrafo 3[35], se entiende por medida provisional y cautelar:

a) una medida encaminada a mantener el statu quo hasta que se determinen las cuestiones en litigio; o

b) una medida que proporcione un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo definitivo; o

c) una medida encaminada a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente.]

[Variante B[36]

El tribunal que entiende o va a entender en una demanda y tiene competencia con arreglo a los artículos [3 a 15] para pronunciarse sobre el fondo del litigio puede decretar medidas provisionales y cautelares a fin de preservar el objeto de la demanda.]

...

[32] También se ha sugerido que se utilice una frase para aclarar que los Estados Contratantes están obligados a disponer esa competencia, si bien también se hizo hincapié en que eso no menoscabaría la discrecionalidad de los tribunales de esos Estados para admitir o rechazar las medidas.

[33] Se indicó que en algunos Estados, especialmente los países del Commonwealth que no fueran el Reino Unido, no se preveía la competencia para dictar órdenes provisionales y cautelares si el tribunal no fuera competente para pronunciarse sobre el fondo del litigio. Eso podría redundar en detrimento de los demandantes extranjeros que procuraran “inmovilizar” bienes en el país en apoyo de un litigio pendiente en otro lugar. La disposición tiene por objeto conferir a esos Estados competencia para dictar esas órdenes, siempre y cuando existan bienes en el foro y las órdenes se apliquen en el territorio del foro. No hubo consenso al respecto.

[34] Esta disposición tiene por objeto superar las restricciones impuestas al ejercicio de la competencia de los tribunales judiciales de los Estados Contratantes por la lista de competencias prohibidas (que actualmente se encuentra en el artículo 18). En virtud de la disposición también se permitiría ejercer competencia para dictar medidas provisionales y cautelares al amparo de la ley nacional sin las restricciones impuestas por la lista de competencias prohibidas. Se propone suprimir la referencia al artículo 13 en el artículo 17 a fin de disponer el ejercicio de esa competencia al amparo de la legislación nacional. Algunas delegaciones opinaron que ese párrafo era la única disposición sobre medidas provisionales y cautelares que se debería incluir en el Convenio.

[35] Se propuso que esta definición se aplicara también a los párrafos 1 y 2.

[36] Esta propuesta está vinculada a la segunda variante del apartado k) del párrafo 2 del artículo 1, que contiene en sí misma la opción de excluir las medidas provisionales o cautelares totalmente del ámbito de aplicación del Convenio o de prever una competencia limitada para dictarlas. La variante B permite disponer esa competencia limitada, si se desea.

[Artículo 23A Reconocimiento y ejecución de medidas provisionales y cautelares[37]

Variante A

1. Una decisión por la que se ordene una medida provisional y cautelar, dictada por un tribunal que entienda[38] en la demanda sobre el fondo del litigio, se reconocerá y ejecutará en los Estados Contratantes de conformidad con lo dispuesto en los artículos [25 y 27 a 34].

2. En el presente artículo se entiende por medida provisional o cautelar:

a) una medida encaminada a mantener el statu quo hasta que haya un pronunciamiento sobre las cuestiones en litigio; o

b) una medida que proporcione un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo definitivo; o

c) una medida encaminada a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente.]

Variante B

Las órdenes de medidas provisionales y cautelares dictadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13[39] se reconocerán y ejecutarán en los demás Estados Contratantes de conformidad con lo dispuesto en los artículos [25 y 27 a 34].]"

IV. Posibles disposiciones

72. Del material examinado *supra* se desprende que, con respecto a las medidas cautelares dictadas por los tribunales judiciales y arbitrales en apoyo del arbitraje, hay varias cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee abordar.

73. Las cuestiones son las siguientes: si existe la competencia para dictar medidas cautelares y, en caso afirmativo, el ámbito o alcance de ésta facultad; la relación entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral una vez que este último se constituya y

[37] Las dos variantes, que no parecen diferir mucho en esencia, disponen el reconocimiento y la ejecución de medidas provisionales y cautelares dictadas por un tribunal que entienda (o vaya a entender) en el litigio sustantivo. Las delegaciones que promueven la exclusión de esas medidas del ámbito de aplicación del Convenio naturalmente se oponen a una disposición de esa índole. No obstante, varias delegaciones que promueven la inclusión de una disposición relativa a las medidas en la parte jurisdiccional o de procedimiento del Convenio se opusieron a que se previera el reconocimiento y la ejecución de medidas provisionales y cautelares. Obsérvese también que es posible que haya que abordar la posibilidad de que las medidas cautelares no se conozcan bien en el Estado del tribunal al que se solicitan, así como los procedimientos para salvaguardar los intereses de terceros o del demandado (por ejemplo, el compromiso de indemnizarlos por daños y perjuicios).

[38] Se sugirió que bastaría con que el tribunal entendiera en la causa después de adoptarse la medida, siempre y cuando ya entienda en ésta en el momento en que se solicite su reconocimiento y ejecución en otro país.

[39] Se refiere a la propuesta formulada como variante B en el artículo 13 *supra*. La orden debe haber sido dictada por un tribunal que entienda o vaya a entender en una demanda y que tenga competencia para pronunciarse sobre el fondo de ésta.

sus respectivas facultades para decretar medidas cautelares (incluso antes de que se constituya el tribunal arbitral); las condiciones indispensables para dictar esas medidas y las condiciones que pueden imponerse a las medidas cautelares que se dicten; las clases de medidas que se pueden dictar y su alcance, y si las medidas se pueden ejecutar en otro país. En lo que respecta a los tribunales judiciales, también se plantea la cuestión de determinar si su competencia para decretar medidas cautelares abarca tanto el arbitraje nacional como el extranjero.

A. Medidas cautelares otorgadas por tribunales arbitrales

74. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral sobre la base del proyecto de disposiciones preparado por la Secretaría (véase A/CN.9/487, párrs. 65 a 75). El proyecto de disposiciones revisado que figura a continuación se ha preparado sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Proyecto de artículo 17

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de éstas, ordenar a cualquiera de ellas que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias [respecto del objeto del litigio].

2. La parte que solicita la medida cautelar debe probar que:

a) existe una necesidad urgente de adoptar la medida;

b) el hecho de no adoptar la medida redundará en perjuicios considerables; y

c) existe la posibilidad de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio principal.

3. El tribunal arbitral puede exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantía apropiada en relación con la medida.

4. Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal [, establecida en forma de laudo arbitral o de otra forma,] dictada por el tribunal arbitral antes de pronunciar el laudo en virtud del cual se dirima la controversia definitivamente. A efectos del presente artículo, serán medidas cautelares[40]:

Variante 1

a) Las medidas encaminadas a mantener el statu quo en espera de que haya un pronunciamiento sobre las cuestiones que se disputan;

[40] Esta disposición podría ir acompañada de una explicación para dar más detalles sobre las medidas que podrían estar comprendidas en estas categorías amplias, según se establece en los párrafos 17 y 18, o una formulación más general, como en el párrafo 40 *supra*.

b) Las medidas encaminadas a establecer un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo; o

c) Las medidas encaminadas a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente[41].

Variante 2

a) Medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo las pérdidas, daños o perjuicios; o

b) Medidas encaminadas a facilitar la ejecución ulterior de un laudo.

5. El tribunal arbitral, de ser necesario para garantizar que una medida cautelar sea eficaz, puede decretar una medida [por un plazo máximo de [...] días] [sin informar a la parte contra la que ésta se invoque] [antes de que la parte contra la que ésta se invoque haya tenido oportunidad de responder] únicamente si:

a) Es necesario garantizar que la medida sea eficaz;

b) El peticionario otorga garantía apropiada en relación con la medida;

c) El peticionario puede demostrar la necesidad urgente de la medida; y

d) [La medida está respaldada por la preponderancia de razones para determinar su equidad[42]].

[6. La parte contra la que se invoque la medida prevista en el párrafo 5 será notificada de ésta y tendrá la posibilidad de ser escuchada lo antes posible.]

7. Una medida dictada en virtud del párrafo 5 se podrá prorrogar o modificar una vez que se haya informado a la parte contra la que se invoca y ésta haya tenido la posibilidad de responder.

[8. Una medida cautelar se podrá modificar o podrá cesar [a petición de una de las partes] si las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2 han cambiado después de que se haya dictado.]

[9. La parte que solicitó la medida cautelar informará sin demora al tribunal, a partir del momento de la petición, de todo cambio importante de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2.]

B. Medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales

75. Como se indicó *supra*, existe cierta incertidumbre en cuanto a la competencia de los tribunales judiciales para decretar medidas cautelares cuando hay un acuerdo de arbitraje válido. Si bien en el artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI se

[41] Variante A del artículo 23A de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: proyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil, texto provisional, junio de 2001.

[42] Normas de Procedimiento Civil Transnacional del American Law Institute y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, abril de 2001, artículo 17.1.1.

dispone que no es incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte solicite la adopción de medidas cautelares provisionales a un tribunal y que éste las conceda, la Ley Modelo no resuelve favorablemente la cuestión de la competencia de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares. Por consiguiente, en algunos ordenamientos jurídicos la adopción del artículo 9 tal vez no baste para establecer que los tribunales judiciales tienen competencia expresa para decretar medidas cautelares en apoyo del arbitraje.

76. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesario formular una disposición para aclarar la cuestión de la competencia de los tribunales judiciales. En ese caso, quizá también desee considerar tres cuestiones conexas (que examinó en su 34º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 21 de mayo al 1º de junio de 2001 (véase el documento A/CN.9/487, párrafos 64 a 68) en el contexto de las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales). Esas cuestiones son las siguientes:

a) El alcance de la competencia y si ésta se debería limitar de algún modo, por ejemplo haciendo referencia al "objeto del litigio" o con alguna otra formulación (como la del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI), y si las medidas se pueden dictar a instancia de parte;

b) Las condiciones indispensables para la adopción de medidas cautelares y si se debería mencionar en la disposición, por ejemplo, la exigencia de que una parte otorgue garantía apropiada (véase el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI), de que se demuestre la necesidad urgente de la medida o de que se demuestre que el hecho de no adoptar la medida redundará en perjuicios considerables (en el párrafo 42 *supra* se mencionan ejemplos comunes de esas condiciones), y

c) Las clases de medidas que pueden dictar los tribunales en apoyo del arbitraje, y si las medidas se enumerarían concretamente en la disposición a efectos de ayudar a los tribunales y en aras de la compatibilidad y la claridad, o si se mencionarían categorías más generales de medidas. Se podría hacer referencia en forma únicamente ilustrativa (no taxativa) a las clases de medidas que los tribunales pueden dictar, o se las podría examinar en una guía explicativa de las disposiciones.

77. En vista de las deliberaciones del Grupo de Trabajo con respecto a las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales y de la similitud de las cuestiones examinadas con respecto a las medidas dictadas por los tribunales judiciales, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que algunas disposiciones, a tenor de las presentadas *supra* en relación con las medidas dictadas por los tribunales arbitrales, pueden aplicarse a las medidas dictadas por los tribunales judiciales, haciendo referencia debidamente a los tribunales judiciales y teniendo en cuenta los siguientes cambios que se sugieren a continuación.

78. En el párrafo 1 del artículo 17 del proyecto de disposición no se debería hacer referencia al acuerdo de las partes, ya que no sería apropiado en el contexto de una solicitud de medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial. La disposición se aplicaría a peticiones para la adopción de medidas cautelares en apoyo de actuaciones arbitrales nacionales y extranjeras.

79. En las leyes nacionales ya existen disposiciones relativas a las clases de medidas y a las condiciones para que se puedan dictar (por lo menos con respecto a las partes en litigios). En consonancia con las deliberaciones a que se hace

referencia *supra* con respecto a las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de establecer un conjunto de disposiciones armonizadas sobre las clases de medidas y las condiciones que se aplicarán para que los tribunales judiciales las puedan dictar en apoyo de las actuaciones arbitrales o, por el contrario, de aplicar a las medidas cautelares en apoyo del arbitraje las disposiciones vigentes con respecto a las actuaciones judiciales. En una disposición armonizada en que se establezcan las clases de medidas que se pueden disponer se indicarían categorías generales de medidas como las presentadas *supra*, en el párrafo 4 del artículo 17 del proyecto de disposición. Otra variante para consignar las disposiciones que existen con respecto a los litigios podría ser:

> 4. El tribunal tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales y en relación con éstas que la que ejerce con objeto de facilitar actuaciones judiciales y en relación con éstas[43].

80. En su período de sesiones más reciente el Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de que un tribunal arbitral dictara medidas cautelares a instancia de parte y manifestó cierta preocupación por las diferentes posiciones con respecto a la ejecución de las medidas dictadas a instancia de parte por un tribunal judicial y por un tribunal arbitral (véase A/CN.9/487, párrafo 70). Como se indicó en el párrafo 35 *supra*, en muchos ordenamientos se faculta a los tribunales para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje a instancia de parte en ciertas condiciones, entre ellas, que el peticionario otorgue garantía por daños y perjuicios y demuestre la urgencia del caso.

81. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesario abordar la cuestión de la competencia de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares a instancia de parte en las disposiciones uniformes y, si así fuera, si se deberían utilizar como modelo las condiciones examinadas con respecto a la adopción de esas medidas por tribunales arbitrales. Si se aprobara una disposición como la enunciada en el párrafo 79, la cuestión de la adopción de medidas cautelares a instancia de parte estaría en la misma situación que con respecto a los litigios. A efectos de promover la adopción de una posición más uniforme, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que se adopte una disposición como la presentada *supra*, en los párrafos 5 y 6 del artículo 17 del proyecto.

C. Relaciones entre los foros judiciales y los tribunales arbitrales

82. Como ya se señaló, existen diferentes criterios con respecto a la competencia para dictar medidas cautelares y a cómo esa competencia está dividida entre los tribunales judiciales y arbitrales. Para que las partes que han decidido recurrir a la vía del arbitraje dispongan efectivamente de medidas cautelares, es conveniente que puedan recurrir tanto al tribunal arbitral como al judicial. Como se indicó en el párrafo 75 *supra*, ese objetivo no se logra totalmente con el artículo 9 de la Ley Modelo, en el que se establece que no será incompatible con un acuerdo de arbitraje ni significará renunciar a él que una parte solicite a un tribunal la adopción de medidas provisionales. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la necesidad de seguir examinando la cuestión.

---

[43] Véase la sección 47 de la Ley de Arbitraje Comercial de Queensland (Australia).

D. Ejecución de las medidas cautelares

83. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la ejecución de las medidas provisionales cautelares dictadas por un tribunal arbitral en virtud del artículo 17 sobre la base del proyecto de disposiciones preparado por la Secretaría (véase A/CN.7/487, párrs. 76 a 87), si bien, por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no concluyó el examen de la disposición pertinente. El proyecto de disposiciones revisado que figura a continuación se ha preparado teniendo en cuenta las partes de la disposición examinadas por el Grupo de Trabajo.

Ejecución de las medidas cautelares

1. A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente denegará el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si[1]:

a) La parte contra la que se invoque la medida presenta pruebas de que:

i) *[Variante 1]* El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no es válido *[Variante 2]* El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no parece válido, en cuyo caso el tribunal judicial podrá someter la cuestión de la [competencia del tribunal arbitral] [validez del acuerdo de arbitraje] a la decisión del tribunal arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente Ley;

ii) No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

iii) No ha podido hacer valer sus derechos en relación con la medida cautelar [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

iv) El tribunal arbitral haya revocado, suspendido o modificado la medida.

b) El tribunal judicial determina que:

i) La medida solicitada es incompatible con las facultades que le confieren sus leyes procesales, a menos que decida reformularla a fin de adaptarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de la ejecución; o

ii) El reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar sería contrario al orden público del Estado.

2. A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente podrá denegar a su discreción el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas provisionales cautelares mencionadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si la parte contra la que se invoca la medida presenta pruebas de que se ha solicitado la misma medida o una medida análoga a un tribunal judicial del Estado, haya tomado éste o no una decisión al respecto.

3. La parte que solicite la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal judicial de toda cesación, suspensión o modificación de esa medida.

4. Al reformular la medida cautelar de conformidad con el inciso i) del apartado b) del párrafo 1, el tribunal judicial no modificará el fondo de ésta.

5. El inciso iii) del apartado a) del párrafo 1) no se aplicará

[Variante 1] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoque, siempre y cuando sea válida durante 30 días como máximo y su ejecución se haya solicitado antes de la expiración de ese plazo.

[Variante 2] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoca, siempre y cuando dicha medida sea confirmada por el tribunal arbitral después de que la otra parte haya podido hacer valer sus derechos al respecto.

[Variante 3] si el tribunal arbitral determina a su discreción que, a la luz de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede tener efecto si el tribunal judicial dicta la orden de ejecución sin dar aviso a la parte contra la que se invoca la medida.

[1] Las condiciones establecidas en el presente artículo tienen por objeto limitar las circunstancias en que el tribunal judicial debe denegar la ejecución de medidas cautelares. El hecho de que un Estado imponga menos condiciones para denegar la ejecución no redundaría en detrimento de la armonización que se procura lograr con las disposiciones modelo.

84. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también la cuestión de la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial en apoyo del arbitraje, en particular porque la cuestión se plantea únicamente con respecto a la ejecución de medidas dictadas por un tribunal judicial en otro país. Actualmente no existe un régimen internacional multilateral para regular la ejecución de los mandatos judiciales, si bien, como se indicó *supra*, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado está elaborando un convenio que puede ampliar las medidas cautelares. Mientras no exista un régimen de esa índole (y habida cuenta de la dificultad de llegar a un acuerdo sobre un régimen multilateral para ampliar las medidas cautelares), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar otros criterios. Se podría considerar, por ejemplo, un régimen de coordinación y cooperación entre tribunales inspirado en el artículo 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y en los Principios 18 a 20 de la Asociación de Derecho Internacional. Como se indicó en el párrafo 66 *supra*, dado que no existe la obligación de reconocer órdenes dictadas en otros Estados ni de cooperar con los

tribunales judiciales y arbitrales de otros países, promover la cooperación para que se dicten mandatos judiciales complementarios a nivel local puede dar lugar a resultados tangibles, tanto en materia de reconocimiento como de asistencia judicial. Esto puede regir particularmente en los casos en que se pide la ejecución de una medida cautelar, por ejemplo la inmovilización de bienes, en varios países. La cooperación podría abarcar el intercambio de información entre los tribunales, la coordinación entre países del efecto de las medidas cautelares extranjeras y la coordinación y cooperación sobre la cuestión de los recursos locales apropiados.

G. Compilación de observaciones recibidas de los gobiernos y de organizaciones internacionales acerca del proyecto de ley modelo sobre la conciliación comercial internacional (A/CN.9/513 y Add.1 y 2) [Original: español/francés/inglés/ruso]

A/CN.9/513

Índice

Página

I. Introducción 244

II. Compilación de observaciones 247

A. Estados 247

Belarús. 247
Ecuador 247
Francia. 248
Hungría 249
Turquía 250

B. Organizaciones intergubernamentales. 251

Corte Permanente de Arbitraje. 251

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tuvo a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar la conveniencia y la viabilidad de impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en su conjunto que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y favorable experiencia adquirida en la incorporación al derecho interno mediante la promulgación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (1985), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de que se evaluara asimismo, en el foro universal constituido por la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas

para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas aplicables en materia de arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación[2], el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje[3], la de las medidas cautelares[4] y la ejecutabilidad eventual de un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reiteró su mandato al Grupo de Trabajo para que fijara el calendario y el procedimiento a seguir en el examen de los temas indicados para su labor futura. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, al fijar las prioridades para los futuros temas de su programa, el Grupo de Trabajo prestara especial atención a lo que fuera viable y práctico, así como a cuestiones que hubieran dado lugar en la jurisprudencia a decisiones inciertas o poco satisfactorias. Como temas eventualmente merecedores de ser examinados por la Comisión se mencionaron, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera señalar como tales, la determinación del significado y efectos de la disposición relativa al derecho ejecutorio más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, párr. 109 k)); la presentación de créditos en un procedimiento arbitral para salvaguardar algún derecho compensatorio y la competencia de un tribunal arbitral al respecto (párr. 107 g)); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado c) del párr. 108); la facultad discrecional residual para otorgar el *exequátur* a un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para su denegación (párr. 109 i)); y los poderes del tribunal arbitral para otorgar el pago de intereses (párr. 107 j)). Se tomó nota con aprobación de que, en lo referente a los arbitrajes sustanciados "en línea" (es decir, tramitados en parte o incluso en su totalidad por medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Respecto de la eventual ejecutoriedad de laudos anulados en el Estado de origen (párr. 107 m)), se expresó la opinión de que no era previsible que esta cuestión suscitara muchos problemas y que no cabía considerar la jurisprudencia, en donde se planteaba la cuestión, como reflejo de una tendencia ya establecida[6].

4. En su 34º período de sesiones, en 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y Corr.1 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió los progresos realizados hasta la fecha por el

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párr. 340 a 343.
[3] Ibíd., párr. 344 a 350.
[4] Ibíd., párr. 371 a 373.
[5] Ibíd., párr. 374 y 375.
[6] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.

Grupo de Trabajo respecto de la tres principales cuestiones objeto de examen, a saber, el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, la imposición de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo de la conciliación.

5. Respecto de la conciliación, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado los artículos 1 a 16 del proyecto de disposiciones legales modelo (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1). Se impuso la opinión de que cabría esperar que el Grupo de Trabajo concluyera, en su siguiente período de sesiones, la labor sobre dichas disposiciones. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que siguiera examinando esas disposiciones con carácter prioritario, con miras a que el instrumento así preparado se presentara en forma de proyecto de ley modelo a la Comisión para su examen y aprobación en su 35º período de sesiones, en 2002[7].

6. En su 35º período de sesiones, celebrado en Viena en noviembre de 2001, el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de disposiciones legales modelo sobre la conciliación presentada en los documentos preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.115 y A/CN.9/WG.II/WP.116). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo respecto de este tema figuran en el documento A/CN.9/506. Tras haber completado su examen del contenido del proyecto de disposiciones legales modelo sobre la conciliación comercial internacional que le fueron presentadas, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estableciera un grupo de redacción para examinar el texto en su totalidad a fin de velar por la coherencia entre las versiones en los diversos idiomas de cada uno de los proyectos de artículo. La versión definitiva de los proyectos de disposición aprobada por el Grupo de Trabajo figura en el anexo del documento A/CN.9/506, en forma de un proyecto de ley modelo sobre la conciliación comercial internacional. Se pidió a la Secretaría que revisara el texto del proyecto de guía para la promulgación y utilización en el marco del derecho interno del régimen de la ley modelo, a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Se observó que el proyecto de ley modelo, junto con el proyecto de guía para su promulgación y aplicación en el marco del derecho interno, sería distribuido entre los Estados miembros de la Comisión y observadores a fin de que hicieran observaciones al respecto, con miras a que el proyecto fuera presentado a la Comisión, para su examen y aprobación, en su 35º período de sesiones que se celebrará en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002 (A/CN.9/506, párr. 13).

7. A título de preparativo para el 35º período de sesiones de la Comisión, se ha distribuido el texto del proyecto de ley modelo aprobado por el Grupo de Trabajo a los gobiernos de todos los países y de todas las organizaciones internacionales interesadas, a fin de que presenten sus observaciones al respecto. A continuación se reproducen las observaciones recibidas al 12 de abril de 2002 de cinco gobiernos y de una organización intergubernamental.

[7] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 315.

II. Compilación de observaciones

A. Estados

Belarús

[Original: ruso]

1. En el artículo 1, párrafo 4 b), insértense las palabras “lugar de” antes de “residencia habitual” en el texto “Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”. El texto del párrafo 4 b) pasaría así a decir:

> “b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su (lugar de) residencia habitual.”

2. Incorpórese el siguiente artículo al proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional:

> “Se estimará que ha habido conciliación si el demandante ha llegado a un acuerdo con el demandado (o si el demandante desiste de su demanda), si el demandado ha llegado a un acuerdo con el demandante (o si el demandado reconoce la motivación de la demanda) o si las partes han llegado a un acuerdo tras hacerse concesiones mutuas. Toda concesión mutua respecto del punto controvertido será posible si con ella no se contradice ninguna regla de derecho imperativo ni la índole jurídica de la relación controvertida. Las partes se podrán hacer asimismo concesiones mutuas respecto de la distribución de las costas del litigio y sobre los plazos o el procedimiento que han de seguir para dar cumplimiento a las obligaciones que hayan asumido.”

Ecuador

[**Original: español**]

1. El artículo X, suspensión del plazo de prescripción, que se reproduce en el documento A/CN.9/506 como nota Nº 3 en referencia al artículo 4 del proyecto, y que figura como optativo, debería constar en el cuerpo principal de la Ley Modelo. De no existir una disposición de ese contenido, en general, para los que no desean adoptar la disposición optativa antes mencionada se produciría la interrupción del plazo de prescripción y éste, al término de una fallida conciliación, tendría que volverse a contar desde el día uno, lo que no ocurriría si se especifica la suspensión.

2. En el artículo 8 sería mejor suprimir la expresión “o uno de sus miembros”, pues con estas palabras se abre la posibilidad de que uno de los conciliadores (cuando son varios) pueda reunirse o comunicarse, por sí solo, con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas. Esta autorización de la Ley Modelo no contribuiría a la transparencia que se requiere como testimonio de la imparcialidad del conciliador, aunque sea nombrado por una de las partes. En consecuencia, Ecuador considera que se debería mantener el texto original del artículo 9 que fue el que examinó el Grupo de Trabajo en su 35º período de sesiones.

Francia

[**Original: francés**]

Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

Párrafo 3

1. Francia está de acuerdo con el criterio seguido para determinar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo: al hacer referencia a la internacionalidad intrínseca, con independencia de todo criterio espacial, el criterio adoptado ofrece todas las ventajas de la sencillez.

Párrafo 8

2. Francia entiende que la ley modelo estará a disposición de aquellas partes que opten por tratar de llegar a una conciliación, por lo que no será aplicable a la conciliación que se emprenda a instancia judicial; Francia estima por ello que no estaría de más que se formulara expresamente esa exclusión.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

3. Es en este artículo, en el que se indican cuáles son las disposiciones de la ley modelo -de rango supletorio- que no podrán ser excluidas por las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, se debería citar igualmente al artículo 15. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción; debe, por ello, hacerse esa referencia en el texto que vaya a ser aprobado.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación

4. La inclusión, a título opcional, de un artículo X sirve de recordatorio de la índole problemática del plazo de prescripción.

Artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Párrafo 1

5. En aras de que se recurra a la conciliación siempre que haya una cláusula expresa de conciliación, Francia sugiere que este párrafo diga:

> "Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación, el tribunal arbitral o judicial dará efecto a ese compromiso hasta que <u>sea presentada la prueba de que ese procedimiento se ha entablado sin éxito</u>."

Artículo 15. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción

6. Tal como está formulado, respaldamos esta disposición. Ahora bien, Francia se opondría a que sea injertado un procedimiento arbitral en un acuerdo de transacción. Convertir un acuerdo de transacción en un laudo arbitral es ciertamente algo que no cabe aceptar. Ello equivaldría a reconocer como acto jurisdiccional un acto negociado entre dos particulares. Existen dos posibilidades: o bien el acuerdo de conciliación se transforma en un laudo arbitral "auténtico", pero en ese caso estaríamos hablando de la fuerza ejecutoria de un laudo emitido "con arreglo a derecho", lo que haría que el procedimiento resultara más engorroso y costoso para las partes (lo que va en contra de la razón de ser de la conciliación); o bien se trata de una especie de homologación arbitral cuasiautomática del acuerdo de transacción, en cuyo caso se está abriendo la puerta a cierta laxitud, ya que el contrato (acuerdo de transacción) no será objeto de control judicial en el país en el que sea invocado, salvo en contadísimos casos (véase el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimiento Civil de Francia).

7. Como respuesta a dicha inquietud, Francia propone el texto siguiente:

> "La ley o la autoridad competente del país en donde se invoque el acuerdo de transacción reconocerá, o en su caso otorgará, la autoridad de cosa juzgada o fuerza ejecutoria a dicho acuerdo."

Hungría

[Original: inglés]

Artículo 1

Párrafo 6

1. Las partes gozan de autonomía para estipular que el régimen de la Ley Modelo no será aplicable a su acuerdo. En opinión de la delegación de Hungría es necesario que haya una normativa legal mínima que sea jurídicamente vinculante en todo procedimiento de conciliación a fin de velar por que las partes estén en pie de igualdad. Una ley permisiva atenuaría la fuerza de este requisito previo. Si se mantiene sin cambios el párrafo 6, se habrá de llegar a un acuerdo para determinar si su texto permitirá que las partes excluyan la totalidad del régimen legal modelo o tan sólo cierta parte del mismo (algunas disposiciones). Esta última solución sería preferible.

Artículo 14

Párrafo 1

2. A la luz del derecho procesal civil de Hungría será difícil dar efecto a lo dispuesto en este párrafo. Sólo cabrá cumplir lo estipulado por las partes si éstas dan su asentimiento.

Artículo 15

3. Con arreglo a la Ley LIII de 1994, de la República Húngara, no será posible aplicar en Hungría el artículo 15 de la Ley Modelo. La sección 10 del capítulo II de esa Ley dispone que toda ejecución judicial deberá ser ordenada mediante la emisión de un documento ejecutable. Son ejecutables los siguientes documentos: i) un certificado de ejecución de sentencia emitido por un tribunal, ii) un auto de ejecución emitido por un tribunal, iii) un mandato conminatorio o inhibitorio, un mandato de cesión, así como una orden de notificación judicial directa. Dicha Ley limita el número de documentos ejecutables. No procede pues respaldar la ejecución directa del acuerdo de transacción, dado que su efecto equivaldría a declarar un contrato directamente ejecutable.

4. Cabría encontrar una solución a través de un procedimiento de conciliación o de mediación que se llevara a cabo bajo los auspicios de un tribunal permanente de arbitraje. El Reglamento del Tribunal Húngaro de Arbitraje (adscrito a la Cámara de Comercio e Industria de Hungría) dispone lo siguiente: "A instancia conjunta de ambas partes, el Presidente del Tribunal de Arbitraje podrá nombrar al conciliador o mediador para que actúe como único árbitro. El laudo emitido por ese único árbitro deberá llevar incorporado el acuerdo concertado y firmado por las partes." (52§(2) del Reglamento del Tribunal de Arbitraje adscrito a la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, que está en vigor desde el 1º de septiembre de 2001).

5. Cabe señalar además que la conversión de un acuerdo de transacción en un laudo arbitral es posible incluso al margen de un procedimiento de arbitraje seguido ante un tribunal permanente. Tras llegar a un acuerdo en el curso de un procedimiento de conciliación, las partes pueden simultáneamente establecer un arbitraje ad hoc y nombrar al conciliador como único árbitro. En ese caso, las partes podrán transformar su acuerdo de transacción en un laudo arbitral que podrá ser ejecutado sin dificultad alguna.

Turquía

[Original: inglés]

1. En el artículo 5 del proyecto de ley modelo, titulado "Número de conciliadores", no se habla en absoluto de la "actuación conjunta" del comité de mediación en la etapa preparatoria de la conciliación entre las partes para velar por el desarrollo armónico del proceso de mediación, lo que puede crear una laguna en el ámbito de aplicación del nuevo régimen.

2. Se sugiere ampliar el alcance del deber de confidencialidad, enunciado en el artículo 10, a fin de que esa confidencialidad ampare también a la imagen y al nombre comercial, manteniendo confidencial entre las partes no sólo los secretos y demás información de índole comercial sino incluso los propios términos del acuerdo de transacción.

3. Respecto del párrafo 3 del artículo 11, referente a la divulgación de información y de documentos que se hayan presentado durante el proceso de mediación, se sugiere que se inserte una frase en dicho párrafo por la que se indique que esa información y esos documentos podrán ser divulgados "con el asentimiento

de las partes" y no sólo porque así lo prescriba la ley o sea necesario para los fines de la ejecución o el cumplimiento de un acuerdo de transacción.

4. Con miras a evitar que el mediador se valga de la información o de los documentos que las partes le hayan facilitado en el curso de la mediación, el artículo 13 del proyecto dispone que el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido objeto de mediación. Se sugiere que se mencione a continuación del procedimiento de mediación ("procedimiento conciliatorio" en el proyecto de artículo) al procedimiento que se abra ante el tribunal, junto con una declaración de que todo negociador, al que le esté prohibido, a tenor del artículo 11, revelar información adquirida en el ejercicio de sus funciones, no podrá actuar como árbitro, representante o abogado defensor de ninguna de las partes.

5. Se sugiere que se añada al proyecto un artículo sobre costas del procedimiento de mediación.

6. El proyecto no ha previsto nada respecto del curso del procedimiento de mediación o para la reelección del mediador, en el supuesto de que dimita o fallezca.

B. Organizaciones intergubernamentales

Corte Permanente de Arbitraje

[Original: inglés]

1. Las observaciones agrupadas en la parte 1 del presente comentario se refieren al artículo 4 del proyecto definitivo presentado por el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje (A/CN.9/506, anexo). En la subsiguiente parte 2 se hacen además ciertas observaciones sobre el artículo 1 en relación con las observaciones efectuadas en la parte 1 sobre el artículo 4.

1. Artículo 4

2. El texto de este artículo dice (texto subrayado para dar énfasis):

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación

"1. Salvo que las partes convengan otra cosa, el <u>procedimiento de conciliación</u> relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciar ese procedimiento.

2. <u>Si una parte que invitó a la otra a entablar un procedimiento de conciliación no recibe de esta última una aceptación de la invitación</u> en un plazo de 30 días a partir de la fecha en que se envió la invitación o en cualquier otro plazo especificado en la invitación, <u>esa parte podrá considerar que la otra ha rechazado su oferta de conciliación</u>."

3. Se sugiere que el párrafo 2 del artículo 4 no debe ser aplicable en el supuesto habitual de que un procedimiento de conciliación se abra sobre la base de un acuerdo previo entre las partes de acudir a la conciliación (por

ejemplo, en virtud de una cláusula de conciliación estipulada en un contrato comercial). El requisito de que se acepte la invitación de acudir a la conciliación debe ser únicamente aplicable cuando las partes no hayan previamente convenido en recurrir a la conciliación para resolver toda controversia eventual entre ellas. En este supuesto, el consentimiento de la otra parte debe ser ciertamente requerido. No es frecuente que se recurra a la conciliación sin que medie un acuerdo previo de acudir a esta vía, ya que invitar a la otra parte a acudir a la conciliación una vez surgida la controversia suele ser visto por la parte invitada como indicio de debilidad de la otra.

4. Este obstáculo no tiene porque darse cuando las partes han concertado un acuerdo previo de acudir a la conciliación. Por ello, si las partes han estipulado ya que recurrirán a la conciliación, no debe requerirse ningún acuerdo subsiguiente al momento en el que la controversia haya surgido. Permitir que en esas condiciones una de las partes se niegue a entablar la negociación privaría al acuerdo original de toda razón de ser. El acuerdo original debe obligar a las partes a designar un conciliador o un grupo de conciliadores y a que se celebre por lo menos una reunión con el conciliador o con el grupo de conciliadores.

5. En los reglamentos de conciliación modernos se ha previsto que así se ha de proceder en el supuesto de que exista un acuerdo de acudir a la conciliación. Por ejemplo, el Reglamento de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dispone, en su artículo 18, que:

> "La mediación concluirá
>
> "...
>
> iii) por decisión escrita de una de las partes, en cualquier momento después de asistir a la primera reunión de las partes con el mediador ..."

En parecidos términos se expresa el Reglamento de Mediación del Instituto C.P.R. (*Center for Public Resources*, Nueva York) para la Resolución de Controversias que, en su artículo 3, apartado b), dispone que toda parte podrá retirarse únicamente "tras haber asistido a la primera reunión".

La Guía del Reglamento para la solución alternativa de controversias (ADR) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que acompaña al nuevo Reglamento ADR de la CCI (2001) dice en su página 20 de la versión inglesa respecto del artículo 2.A:

> "De mediar acuerdo de someterse al Reglamento":
>
> "... las partes no podrán retirarse del procedimiento sin haber antes deliberado una vez con el Neutral".

6. No sólo el artículo 4 del proyecto definitivo del Grupo de Trabajo, sino también sus artículos 12 y 6 habrán de ser modificados si se desea alinearlos con los ejemplos que se acaban de citar en la subsección 2.

Artículo 12

7. El artículo 12 relativo a la "Conclusión de la conciliación" dispone que: "El procedimiento de conciliación se dará por concluido" por alguno de

los motivos enumerados en los apartados a) a d). En el apartado d) se habla de la retirada de una parte de un procedimiento de conciliación por "una declaración por escrito" de dicha parte.

8. Esta posibilidad de retirada unilateral debe retenerse pero condicionándola a la presentación de una declaración escrita por una parte a la otra" y al conciliador o al grupo de conciliadores, tras la primera reunión que haya celebrado con ellos".

Artículo 6

9. El artículo 6 relativo a la "Designación de los conciliadores", no garantiza la designación, en toda eventualidad, de un conciliador. El párrafo 4 del artículo prevé únicamente que las partes recaben "la asistencia de una institución o persona apropiada" cuando estén buscando una persona competente con miras a proceder ellos mismos a designarla. Ahora bien, esta institución o persona debería actuar asimismo como autoridad nominadora en todo supuesto en que las partes no lleguen a un acuerdo para la designación de un conciliador.

10. A fin de remediar toda tentativa infructuosa de las partes por nombrar un conciliador, el artículo 6 debería introducir una disposición supletoria como la del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que prevea que el nombramiento se efectuará por una institución o persona que actúe como autoridad nominadora. Esta autoridad podrá ser designada por acuerdo entre las partes o, en ausencia de dicho acuerdo, deberá ser nombrada por el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje.

2. Observaciones al artículo 1 en relación a las observaciones efectuadas en la sección A

Artículo 1

Párrafo 8

1. El artículo 1 relativo al "Ámbito de aplicación y definiciones" excluye en su párrafo 8 la aplicación de la Ley Modelo "cuando un juez o un árbitro ... trate de facilitar la concertación de un arreglo ...".

2. En esta disposición se reconoce que un árbitro podrá actuar como conciliador a fin de facilitar toda tentativa por llegar a un arreglo. Ahora bien, todo árbitro habrá sido nombrado para resolver la controversia. Si el árbitro actúa como conciliador se encontrará en una situación delicada para proseguir con su función si su tentativa conciliadora ha fracasado. Por ejemplo, ¿cómo respetará la confidencialidad de la información que le haya sido presentada por las partes en el curso de esa tentativa? ¿Qué sucederá igualmente con la confidencialidad de todo punto o cuestión que alguna de las partes haya reconocido en el curso de la conciliación, si se ha de proseguir el procedimiento arbitral al no haberse llegado a un arreglo conciliatorio? Cabe asimismo que el árbitro sea impugnado por una de las partes si, en el curso de la conciliación, no ha actuado, en opinión de esa parte, con la imparcialidad debida. Se sugiere, por ello, que se suprima en el párrafo 8 del artículo 1 las palabras "o un árbitro".

3. La Ley Modelo excluye que un conciliador pueda actuar como árbitro, salvo acuerdo en contrario de las partes (artículo 13). Debería excluirse igualmente que un árbitro pueda actuar como conciliador. Se sugiere, por ello, que se excluya, en un artículo adicional, a todo árbitro de actuar como conciliador, salvo acuerdo en contrario de las partes.

4. En la práctica del arbitraje sucede efectivamente que las partes piden a los árbitros, que suelen estar ya bien informados del caso, que les ayuden en su tentativa conciliadora. Los árbitros deberían abstenerse de aceptar esa invitación. En su lugar, los árbitros podrán aplazar, por un cierto período, el procedimiento arbitral y recomendar a las partes que recurran a la conciliación con arreglo a algún reglamento de la conciliación apropiado y con la asistencia de un tercero que sea perito en la materia.

5. Dada la autoridad moral de un tribunal arbitral, las partes pueden sentirse inclinadas a seguir su recomendación. De tener éxito la tentativa, el tribunal arbitral podrá, a instancia de las partes, incorporar los términos convenidos en el acuerdo de transacción en un laudo arbitral emitido por el tribunal. Véase mi trabajo al respecto en *Quo Vadis Arbitration?* (1999), 372-374.

Artículo 1

Párrafo 7

6. El párrafo 7 del artículo 1 declara la Ley Modelo aplicable en diversos supuestos “a reserva de lo dispuesto en el párrafo 8”. La Ley Modelo será aplicable en primer lugar a todo acuerdo de conciliación concertado entre las partes “antes o después de que surja la controversia”. Ya se examinó anteriormente el acuerdo de acudir a la conciliación en la sección A del presente comentario. A tenor del párrafo 7, la Ley Modelo será aplicable asimismo de haberse estatuido alguna obligación legal de acudir a la conciliación.

7. Ello significa que el régimen de la Ley Modelo, de ser incorporado al derecho interno de un país, será aplicable en virtud de toda obligación legal de acudir a la conciliación impuesta por el derecho interno de todo otro país. La versión actual del proyecto, que exige un acuerdo subsiguiente de las partes de entablar un procedimiento de conciliación cuando haya surgido una controversia, no debe ser aplicable en el supuesto de que exista alguna obligación legal de acudir a la conciliación.

8. <u>A instancia o sugerencia de un tribunal arbitral o judicial o de una entidad pública competente</u>.

<u>A instancia de un tribunal judicial</u>

9. Cuando un tribunal judicial insta a las partes a recurrir a la conciliación, no procede que una de las partes pueda frustrar esa tentativa rehusando entablar el procedimiento de conciliación.

<u>A instancia de un tribunal arbitral</u>

10. Lo mismo cabe decir si un tribunal arbitral ha instado o sugerido a las partes que entablen una negociación con miras a llegar a un arreglo.

A instancia de una entidad pública

11. Tampoco en este caso debe permitirse que una parte frustre el recurso a la vía conciliadora rehusando entablar un procedimiento de conciliación.

12. En todos estos supuestos debe procederse a la conciliación sin necesidad de que medie acuerdo previo de las partes de acudir a esta vía. Más aún, en todos estos supuestos deberá nombrarse uno o más conciliadores con los que deberá celebrarse una primera reunión antes de que una de las partes pueda retirarse del procedimiento.

13. Con arreglo a la Ley Modelo sería aplicable el mismo régimen de conciliación a los supuestos descritos en la parte 1 y en la parte 2 del presente comentario.

Conclusión

14. El proyecto de ley modelo sobre conciliación comercial internacional, presentado por la Comisión para ser aprobado, deberá ser modificado a la luz de las sugerencias que figuran en la parte 1 del presente comentario. De hacerse así un mismo régimen será aplicable a la conciliación entablada con arreglo a un acuerdo previo entre las partes que a la entablada con arreglo a alguno de los supuestos mencionados en la parte 2.

A/CN.9/513/Add.1

Compilación de observaciones de los gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de ley modelo sobre conciliación comercial internacional

Adición

Índice

Página

I. Introducción 256

II. Compilación de observaciones 256

A. Estados 256

Filipinas 256

I. Introducción

1. En preparación del 35º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se distribuyó el proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional entre todos los gobiernos y todas las organizaciones internacionales interesadas para que hicieran observaciones. El texto del proyecto de ley modelo fue aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI en su 35º período de sesiones y se adjuntó en forma de anexo al informe sobre dicho período de sesiones (A/CN.9/506). A continuación se reproducen las observaciones suplementarias recibidas de un gobierno hasta el 30 de abril de 2002.

II. Compilación de observaciones

A. Estados

Filipinas

[Original: inglés]

Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

"1. La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial internacional."

1. Convendría insertar la definición del término "comercial" en el cuerpo del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (en adelante denominada "la ley modelo"). La inclusión de esa definición es

necesaria para determinar el ámbito de aplicación del proyecto de ley propuesto y, al mismo tiempo, para determinar si una operación es verdaderamente comercial.

> "2. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les preste asistencia en su tentativa de llegar a un arreglo amigable de una controversia que se derive de una relación contractual o de otro tipo de relación jurídica o que se vincule con dichas relaciones. El conciliador o el grupo de conciliadores no estarán facultados para imponer a las partes una solución de la controversia."

2. Si bien hay coincidencia de pareceres sobre el hecho de que el conciliador o el grupo de conciliadores no debe estar facultado para imponer a las partes una solución de la controversia, sería conveniente dar expresamente al conciliador o al grupo de conciliadores la facultad para formular propuestas no vinculantes que permitan dirimir la controversia, siempre que las partes aprueben dichas propuestas. De este modo se agilizaría la solución de la controversia.

> "3. Una conciliación es internacional si:
>
> a) Las partes en un acuerdo de conciliación tienen, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o
>
> b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:
>
> i) el Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni
>
> ii) el Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia."

3. Convendría especificar y explicar mejor lo que se entiende por "una parte sustancial de las obligaciones" y por "más estrechamente vinculado". Puede darse el caso de que en un único contrato deban realizarse varias operaciones y que cada acto constituya una parte integrante del contrato o una parte sustancial del cumplimiento de la obligación.

> "8. La presente Ley no será aplicable:
>
> a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes; y
>
> b) [...]."

4. Se sugiere que se aclare si esta disposición es aplicable a los casos en que, una vez iniciado el procedimiento de conciliación, una de las partes recurre a la vía judicial para preservar su derecho. Por lo demás, cabe poner en duda que un tribunal pueda hacer caso omiso de las conclusiones de un procedimiento de conciliación y adoptar una decisión propia sobre los hechos necesaria para resolver la controversia.

Artículo 6. Designación de los conciliadores

"6. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento conciliatorio, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas."

5. La última frase de esta disposición podría dar pie a abusos, por lo que debería enmendarse para que el conciliador designado debiera informar a las partes de toda circunstancia que pudiera afectar su imparcialidad o independencia como conciliador en la controversia, aun cuando las partes ya tuvieran conocimiento de estos hechos o circunstancias. Además, el artículo 6 debería prever requisitos sobre la calificación, la sustitución y la incapacidad del conciliador.

Artículo 8. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

"A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador, el grupo de conciliadores o uno de sus miembros podrán reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas."

6. Conviene señalar que el párrafo 2 del artículo 9 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI dispone lo siguiente:

"A falta de acuerdo entre las partes respecto del lugar en que hayan de reunirse con el conciliador, éste determinará el lugar, previa consulta con las partes, teniendo en consideración las circunstancias del procedimiento conciliatorio."

Artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

"1. A menos que las partes acuerden otra cosa, toda parte que participe en un procedimiento conciliatorio o todo tercero que haya participado en dicho procedimiento, incluido el conciliador, no invocará ni presentará pruebas, ni rendirá testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con:

a) La invitación de una parte a recurrir a la conciliación o el hecho de que una parte esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio;

b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;

c) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

d) Las propuestas presentadas por el conciliador;

e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;

f) Todo documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio."

7. Se sugiere que el proyecto de ley disponga que el acuerdo de conciliación firmado se presente como parte de las pruebas relativas al procedimiento de conciliación propiamente dicho. Cabe señalar que el acuerdo de conciliación constituye un contrato vinculante entre las partes en una controversia resuelta.

Artículo 15. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción

"Si las partes conciertan y firman un acuerdo por el que se resuelva la controversia, ese acuerdo de transacción será vinculante y ejecutorio ... [cada Estado promulgante insertará aquí una descripción del método para ejecutar los acuerdos de transacción o se remitirá a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad]."

8. Se sugiere agregar la palabra "definitivo" antes de la palabra "vinculante" a fin de destacar el efecto del acuerdo de transacción. Con la inserción de la palabra "definitivo" se introduciría en la disposición una reserva conforme a la cual no podría hacerse caso omiso del acuerdo de transacción ni modificarse arbitrariamente.

A/CN.9/513/Add.2

Recopilación de las observaciones recibidas de gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre la conciliación comercial internacional

Adición

Índice

Página

I. Introducción 260

II. Recopilación de los comentarios 260

A. Estados 260

Marruecos 260

I. Introducción

1. Con miras al 35º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se ha distribuido entre todos los gobiernos y las organizaciones internacionales interesadas el texto del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre la conciliación comercial internacional a fin de que puedan formular sus observaciones. Ha sido aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 35º período de sesiones y anexado al informe sobre los trabajos de este período de sesiones (A/CN.9/506). Unos comentarios complementarios recibidos de un gobierno después de la fecha límite del 15 de marzo de 2002 se reproducen a continuación.

II. Recopilación de los comentarios

A. Estados

Marruecos

[Original: francés]

1. El proyecto constituye una plataforma jurídica capaz de ayudar a los países a introducir modificaciones en su adaptación con respecto a la evolución actual.

2. Conviene señalar a este propósito que las disposiciones de este proyecto dan a los Estados que desean incorporar esta ley a su derecho interno la posibilidad de adaptarla y modificarla en función de sus propias especificidades.

3. Algunos puntos suscitan los siguientes interrogantes:

a) Para determinar exactamente la ejecutoriedad del procedimiento de conciliación, cabe preguntarse si ésta es obligatoria o facultativa.

b) ¿La justicia interna puede adoptar los documentos, las declaraciones y las exposiciones presentados en el procedimiento de conciliación?

4. ¿Conviene volver a formular el título de artículo 1 de la siguiente manera “Definiciones y campo de aplicación”?

5. Integrar las definiciones de las tres expresiones “conciliación”, “comercial” e “internacional” en el artículo 1.

6. La cuestión de la ejecutoriedad del acuerdo, celebrado entre las partes en la conciliación, plantea la cuestión de los procedimientos de su ejecución.

7. Las autoridades marroquíes competentes estiman que este proyecto se orienta a la búsqueda de un marco legislativo conveniente para la resolución de los litigios comerciales, caracterizado por su apertura a los procedimientos extrajudiciales, rápidos, simples y más adaptados a la naturaleza de estos conflictos.

H. Proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/514) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Finalidad de la presente Guía	1-4	263
II.	Introducción a la Ley Modelo	5-25	263
	A. Concepto de conciliación y finalidad de la Ley Modelo	5-10	263
	B. La Ley Modelo como instrumento de armonización legislativa	11-12	265
	C. Antecedentes e historia	13-17	266
	D. Ámbito de aplicación	18-19	267
	E. Estructura de la Ley Modelo	20-23	268
	F. Asistencia prestada por la Secretaría de la CNUDMI	24-25	268
III.	Observaciones sobre cada artículo	26-81	269
	Artículo 1. Ámbito de aplicación	26-35	269
	Artículo 2. Interpretación	36-37	273
	Artículo 3. Modificación mediante acuerdo	38	274
	Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación	39-44	275
	Artículo 5. Número de conciliadores	45	277
	Artículo 6. Designación de los conciliadores	46-48	277
	Artículo 7. Sustanciación de la conciliación	49-53	278
	Artículo 8. Comunicaciones entre el conciliador y las partes	54-55	280
	Artículo 9. Revelación de información entre las partes	56-57	281
	Artículo 10. Deber de confidencialidad	58-60	282
	Artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos	61-68	283
	Artículo 12. Conclusión de la conciliación	69	286
	Artículo 13. Actuación del conciliador como árbitro	70-74	287
	Artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales	75-76	288
	Artículo 15. Ejecutoriedad de la transacción	77-81	289

Guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional

I. Finalidad de la presente Guía

1. Al optar por preparar unas disposiciones legales modelo para la conciliación comercial internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) fue consciente de que esas disposiciones resultarían más eficaces en orden a la modernización del derecho interno de los Estados si iban acompañadas de cierta información explicativa de su texto y sus antecedentes. La Comisión era además consciente de que algunos Estados poco familiarizados con la vía de la conciliación como método para la solución de las controversias recurrirían directamente a dichas disposiciones. Pese a que esta Guía ha sido primordialmente concebida para los órganos del poder ejecutivo y del poder legislativo que se hayan de encargar de efectuar la revisión legislativa oportuna en sus respectivos países, la información en ella recogida puede ser también útil para los demás usuarios del texto de esas disposiciones, en particular para las partes comerciales, los abogados en ejercicio, el personal académico y los jueces.

2. Una gran parte del material recogido en la presente Guía está tomado de los trabajos preparatorios de la Ley Modelo. La Guía explica cómo se fueron incorporando al texto de la Ley Modelo disposiciones que constituían los rasgos esenciales básicos de todo dispositivo legal destinado a alcanzar los objetivos del régimen de la Ley Modelo. Al preparar las disposiciones de la Ley Modelo, la Comisión partió de la hipótesis de que la Ley Modelo iría acompañada de un texto explicativo. Por ejemplo, algunas cuestiones que no han sido resueltas en la Ley Modelo serán, no obstante, abordadas en la Guía, que está destinada a servir de fuente de inspiración adicional para los Estados que vayan a promulgar el régimen de la Ley Modelo. La Guía ayudará además a los Estados a determinar cuáles de las disposiciones de la Ley Modelo, de haber alguna, deberán ser modificadas para adaptarlas a determinadas peculiaridades de su derecho interno.

3. La presente Guía para la incorporación al derecho interno ha sido preparada por la Secretaría a raíz de una solicitud de la CNUDMI. Constituye un reflejo del curso de las deliberaciones y de las decisiones adoptadas por la Comisión en el período de sesiones en el que se aprobó la Ley Modelo, así como de las consideraciones del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI que dirigió la labor preparatoria de su texto.

4. [La Guía fue adoptada por la Comisión el [insertar fecha]/ La Guía fue aprobada por la Comisión el [insertar fecha] y encomendó su publicación a la Secretaría.]

II. Introducción a la Ley Modelo

A. Concepto de conciliación y finalidad de la Ley Modelo

5. El término “conciliación” sirve en la Ley Modelo para designar, en sentido amplio, todo procedimiento por el que una persona o un grupo pericial presta su asistencia, desde una perspectiva independiente e imparcial, a las partes en su

tentativa de llegar a una solución amistosa de su controversia. Las vías de la negociación, la conciliación y el arbitraje poseen rasgos diferenciales clave. Al surgir una controversia, las partes tratarán normalmente de resolverla por la vía de la negociación sin dar entrada a nadie que sea ajeno a su controversia. Si fracasan las negociaciones, puede recurrirse a diversos mecanismos de solución de controversias, como el arbitraje y la conciliación.

6. En el arbitraje, las partes encomiendan no sólo el proceso resolutorio de su controversia, sino también su resultado, a un tribunal arbitral que les impondrá un fallo vinculante para ellas. La vía de la conciliación difiere de la negociación entre las partes al involucrar en la solución de la controversia a un tercero imparcial que ha de prestarles su asistencia. Difiere, a su vez, del arbitraje al retener las partes, en la conciliación, un control absoluto del proceso y del resultado de la conciliación, que no es vinculante. En la conciliación, el conciliador ayuda a las partes a negociar una transacción en que se compaginen las necesidades y los intereses de las partes interesadas (véase A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 11). El proceso conciliatorio se basa totalmente en el consenso y son las partes quienes, con la asistencia de un tercero neutral, determinan el modo en que se dirimirá la controversia. El tercero neutral no tiene autoridad para imponer a las partes una solución de la controversia.

7. En la práctica, todo procedimiento por el que las partes en una controversia se dejan ayudar en orden a su solución se suele designar por términos como los de conciliación, mediación u otros similares. Se utiliza la noción de “vías alternativas para la solución de una controversia” para referirse globalmente a diversas técnicas o métodos utilizados para la solución de una controversia que no dan lugar, como sucede con el arbitraje, a un fallo vinculante. La Ley Modelo utiliza el término de “conciliación” para designar todos esos procedimientos. En la medida en que una “vía alternativa para la solución de una controversia” presente rasgos característicos como los anteriormente mencionados, dicha vía estará regulada por la Ley Modelo (véase A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 14).

8. Se está recurriendo cada vez más a la conciliación para la solución de las controversias en diversas partes del mundo, incluso en regiones en donde hasta hace un decenio o dos no era frecuente en la práctica comercial. Asimismo, la conciliación se está convirtiendo en una opción preferida y promovida por los tribunales y organismos gubernamentales, así como en el ámbito comunitario y comercial. Esta tendencia se refleja, por ejemplo, en el establecimiento de cierto número de órganos privados y públicos que ofrecen sus servicios a las partes que puedan estar interesadas en llegar a una solución amistosa de su controversia. Simultáneamente, en diversas regiones del mundo se ha venido promoviendo la conciliación como método para la solución de las controversias y la elaboración de legislación nacional sobre conciliación en diversos países ha dado pie a que se propugnen soluciones jurídicas internacionales armonizadas que faciliten la conciliación (véase A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 15).

9. Así entendido, el procedimiento de conciliación ha sido regulado en diversos reglamentos de instituciones arbitrales y de instituciones especializadas en la administración de diversos métodos extrajudiciales para la solución de las controversias, así como en el Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI, aprobado por la Comisión en 1980. Este Reglamento de Conciliación es un instrumento muy utilizado en la práctica, que ha servido además como modelo inspirador de los reglamentos adoptados por numerosas instituciones (véase

A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 12). Prevaleció la opinión de que, independientemente de esos reglamentos, merecería la pena estudiar la posibilidad de preparar normas legislativas uniformes a fin de promover más la conciliación. Se observó que si bien ciertas cuestiones (como la admisibilidad de ciertas pruebas en procedimientos judiciales o arbitrales ulteriores o la función del conciliador en ulteriores procedimientos) podían resolverse normalmente 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 hubieran 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 pruebas, una legislación uniforme podría ofrecer aclaraciones útiles. Se señaló además que, con respecto a cuestiones como el modo de facilitar la ejecución de acuerdos resultantes de la conciliación, sólo podría lograrse mediante legislación el nivel de previsibilidad y certeza necesario para fomentar la conciliación[a].

10. Toda vía de conciliación puede diferir de otra similar en detalles de procedimiento que dependerán de lo que se juzgue ser el mejor método para resolver esa controversia entre las partes. Las disposiciones, que la Ley Modelo recoge para regir esos procedimientos, dan margen para dichas diferencias y dejan al arbitrio de las partes y de los conciliadores la adopción del curso que juzguen más apropiado para el proceso conciliatorio. En lo esencial, las disposiciones tratan de proteger la integridad del proceso conciliatorio, por ejemplo, asegurando que se cumplan las expectativas de las partes en cuanto a la confidencialidad, y al mismo tiempo prevén un grado máximo de flexibilidad para preservar la autonomía de las partes.

B. La Ley Modelo como instrumento de armonización legislativa

11. Por ley modelo se entiende todo texto legal que se recomienda a los Estados para su incorporación al derecho interno. A diferencia de una convención internacional, el Estado que promulgue una ley modelo no estará obligado a dar noticia de su promulgación a las Naciones Unidas o a los demás Estados que hayan promulgado su régimen. Sería, no obstante, muy deseable que todo Estado que promulgue en su derecho interno el nuevo régimen de la Ley Modelo (o toda otra ley modelo que sea fruto de la labor de la CNUDMI) informe de ello a la Secretaría de la CNUDMI.

12. Al incorporar el texto de la Ley Modelo a su derecho interno, cabe que un Estado desee modificar o suprimir alguna de sus disposiciones. En el supuesto de una convención, los Estados parte verán severamente limitada su posibilidad de modificar en algo su régimen (formulando al respecto una “reserva”); las convenciones de derecho mercantil suelen o bien totalmente prohibir las reservas o limitarlas a ciertos supuestos bien definidos. La flexibilidad inherente a una ley modelo será, por ello, útil en todos aquellos casos en los que sea probable que algunos Estados deseen introducir algunas modificaciones en el régimen uniforme

[a] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 342.

propuesto para facilitar su incorporación al derecho interno. Cabe suponer que algunos Estados desearán introducir ciertas modificaciones en un régimen uniforme que guarde una relación estrecha con el derecho procesal interno. Ello supone, no obstante, que el grado de armonización logrado, y la certidumbre así creada, será inferior si se recurre a la técnica de una ley modelo, que la que cabría esperar del régimen de una "convención". Por razón de su flexibilidad, es probable que un mayor número de Estados decidan adoptar el régimen de una ley modelo. A fin de lograr un grado de armonización y certidumbre satisfactorio, los Estados deberán procurar introducir el menor número posible de cambios al incorporar el régimen de la nueva Ley Modelo a su derecho interno, y se ha de procurar que todo cambio introducido sea compatible con los principios básicos de la Ley Modelo. Una de las razones por la que se ha de procurar en lo posible respetar el texto uniforme de la Ley Modelo es que con ello se logrará que el régimen interno resulte más transparente y familiar para las partes extranjeras, así como para los asesores y conciliadores extranjeros que hayan de participar en un proceso de conciliación que tenga lugar en el territorio de un Estado promulgante.

C. Antecedentes e historia

13. El comercio internacional se ha desarrollado rápidamente al realizar operaciones transfronterizas un número cada vez mayor de entidades, incluidas las pequeñas y medianas. La expansión exponencial del comercio electrónico, que permite concertar operaciones comerciales a través de las fronteras nacionales, hace insoslayable la necesidad de un sistema eficiente y eficaz para la solución de las controversias. La CNUDMI ha preparado la Ley Modelo para ayudar a los Estados a diseñar vías para la solución de las controversias que reduzcan su costo, promuevan un clima cooperativo entre las partes, prevengan futuras disputas y den mayor certeza al comercio internacional. Al adoptar la Ley Modelo y al instruir a los comerciantes sobre la finalidad de su régimen, se les estará alentando a buscar vías para la solución de sus controversias que no dependan de un fallo vinculante y que den mayor estabilidad al mercado.

14. Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que cabe citar el fomento del recurso a la conciliación y de la previsibilidad y certeza en su empleo, son esenciales para promover la economía y la eficiencia en el comercio internacional.

15. La Ley Modelo fue elaborada al hacerse patente que cada vez se recurría más a la conciliación para resolver controversias comerciales. La Ley Modelo se concibió también con el fin de introducir una reglamentación uniforme para el proceso conciliatorio. En muchos países, la conciliación se rige por diversas leyes a la vez, que siguen criterios diferentes en cuanto a la confidencialidad, los privilegios probatorios y sus excepciones. Con la uniformidad se contribuye a dar una mayor integridad y certeza al proceso conciliatorio. La uniformidad resulta aun más beneficiosa en los casos de conciliación a través de Internet, en que puede ocurrir que no esté claro el derecho aplicable.

16. En su 32º período de sesiones, en 1999, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Acogiendo con agrado la oportunidad de examinar si sería conveniente o factible ampliar el régimen del arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en general que había llegado el momento de evaluar la rica y

positiva experiencia adquirida con la promulgación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) en los países, así como la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y también de estudiar, en el foro universal de la Comisión, la aceptabilidad de ideas y propuestas que se formulen con el fin de mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas de arbitraje. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que entre los temas prioritarios figurase la labor sobre la conciliación. La Ley Modelo fue elaborada en el transcurso de tres períodos de sesiones del Grupo de Trabajo (33º, 34º y 35º) (A/CN.9/485 y Corr.1, A/CN.9/487 y A/CN.9/506, respectivamente).

17. El Grupo de Trabajo, en su 35º período de sesiones, concluyó el examen de las disposiciones y examinó el proyecto de guía para la promulgación. Se pidió a la Secretaría que revisara el texto del proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Se señaló que el proyecto de ley modelo, junto con el proyecto de guía para la promulgación y aplicación, se distribuiría entre los Estados miembros y observadores para que formularan comentarios y se sometería al examen y aprobación de la Comisión en su 35º período de sesiones, que se celebraría en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002 (véase A/CN.9/506, párr.13).

[Nota para la Secretaría: la presente sección, relativa a la historia de la Ley Modelo, será completada cuando la Comisión concluya el examen de la Ley Modelo y la adopte.]

D. Ámbito de aplicación

18. Al preparar la Ley Modelo y al abordar el tema que se le presentaba, la Comisión adoptó una noción amplia de la conciliación, que cabría designar también por términos como los de “mediación”, “vía alternativa para resolver controversias”, “dictamen pericial neutro” y expresiones similares. La Comisión desea que la Ley Modelo sea aplicable a la más amplia gama posible de controversias comerciales. La Comisión convino en que se hiciera referencia en el título de la Ley Modelo a la conciliación comercial internacional. Si bien se da en el artículo 2 una definición de “conciliación”, las definiciones de “comercial” e “internacional” figuran en una nota al pie del artículo 1 y del artículo 3, respectivamente. Aun cuando la Ley Modelo esté destinada a casos que sean comerciales e internacionales, el Estado que promulgue su régimen podrá ampliar su alcance a las controversias comerciales internas e incluso a algunas controversias no comerciales (véase la nota 1 del artículo 1).

19. La Ley Modelo debe ser vista como un juego equilibrado de reglas autónomas que podrán ser promulgadas e incorporadas a una única ley o como parte de un régimen más amplio para la solución de las controversias.

E. Estructura de la Ley Modelo

20. La Ley Modelo enuncia definiciones, así como procedimientos y directrices sobre cuestiones que sean del caso, inspiradas en la importancia de que las partes retengan el control deseado sobre el procedimiento seguido y su resultado.

21. En el artículo 1 se delimita el alcance de la Ley Modelo y se define la conciliación de forma general y, en términos más precisos, su aplicación internacional. Se trata del tipo de disposiciones por las que se acostumbra a determinar en una ley el ámbito de su aplicación. El artículo 2 da orientación sobre cómo debe interpretarse la Ley Modelo. El artículo 3 dispone expresamente que todas las disposiciones de la Ley Modelo están sujetas a modificación mediante acuerdo de las partes, salvo el artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 7.

22. Los artículo 4 a 12 regulan los aspectos procesales de la conciliación. Esas disposiciones pueden ser de particular utilidad en aquellos casos en los que las partes no hayan previsto ninguna regla de procedimiento para la solución de sus controversias, por lo que son de índole básicamente supletoria. Pueden ser también de utilidad para las partes que, a pesar de haber previsto en su acuerdo algún procedimiento para la solución de sus controversias, deseen recurrir a ellas a título supletorio.

23. Las demás disposiciones de la Ley Modelo (artículos 12 a 15) regulan cuestiones que pueden plantearse a raíz de un proceso de conciliación a fin de evitar la incertidumbre que resultaría de la ausencia de una normativa legal al respecto.

F. Asistencia prestada por la Secretaría de la CNUDMI

24. De conformidad con la índole didáctica y asistencial de su labor, la Secretaría de la CNUDMI prestará asesoramiento técnico a toda autoridad pública encargada de preparar textos legales basados en la Ley Modelo. La CNUDMI presta asesoramiento técnico a las autoridades que se encargan de preparar leyes inspiradas en leyes modelo de la CNUDMI o que han de dictaminar sobre la eventual adhesión de su país a alguno de los convenios comerciales internacionales preparados por la CNUDMI.

25. Puede solicitarse a la Secretaría, escribiendo a la dirección abajo indicada, toda información adicional que se desee respecto de la Ley Modelo o sobre la Guía, así como sobre toda otra ley modelo o convención que haya sido preparada por la CNUDMI. La Secretaría agradecerá toda observación que se le dirija respecto de la Ley Modelo y de su Guía, así como toda información relativa a la promulgación de normas legales basadas en la Ley Modelo.

UNCITRAL secretariat
United Nations Vienna International Centre
P.O. Box 500
A-1400, Viena, Austria

Teléfono: (43-1) 26060-4060 ó 4061
Telefax: (43-1) 26060-5813
Correo electrónico: uncitral@uncitral.org
Sitio en Internet: www.uncitral.org

III. Observaciones sobre cada artículo

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. Las presentes disposiciones legales modelo se aplicarán a la conciliación comercial[1] internacional[2].

2. Para los fines de la presente Ley Modelo, se entenderá por conciliación todo proceso, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les preste asistencia en su amigable tentativa de llegar a un arreglo de una controversia nacida o derivada de una relación contractual o de otra relación jurídica. El conciliador o el grupo de conciliadores no podrá imponer a las partes una solución de la controversia.

3. Una conciliación es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tienen, en el momento de celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o si

b) El Estado en que las partes tienen sus establecimientos no es:

i) Ni el Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial;

ii) Ni el Estado que esté más estrechamente vinculado a la cuestión objeto de la controversia.

4. A efectos del presente artículo:

a) Si una parte tiene más de un establecimiento, se considerará su establecimiento el que tenga una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Si una parte no tiene establecimiento, se tomará en consideración el lugar de residencia habitual de esa parte.

5. La presente Ley Modelo será también aplicable a toda conciliación comercial cuando las partes convengan en que es una conciliación internacional o cuando convengan en que la presente Ley Modelo sea aplicable.

6. Las partes pueden optar por excluir la aplicabilidad de la presente Ley Modelo.

7. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 8) del presente artículo, la presente Ley Modelo será aplicable independientemente del criterio conforme al cual se sustancie la conciliación, ya sea un acuerdo entre las partes concertado antes o después de que nazca la controversia, una obligación legal o un requerimiento o sugerencia de un tribunal judicial o arbitral o de una entidad gubernamental competente.

8. La presente Ley Modelo no será aplicable a los casos en que:

a) Un juez o un árbitro ponga en marcha, en el curso del procedimiento, un proceso de conciliación;

b) […].

---

[1] Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

[2] Los Estados que deseen que la Ley Modelo, una vez promulgada, sea aplicable tanto a los casos de conciliación nacional como a la conciliación internacional tal vez consideren útil modificar el texto del modo siguiente: […] .[Nota de la Secretaría: el contenido de esta nota en la que se recogerán las modificaciones que los Estados promulgantes deseen introducir en la Ley Modelo para que sea aplicable a la conciliación tanto nacional como internacional será completado una vez que la Comisión haya hecho el examen final de la Ley Modelo y la haya adoptado.]

26. La finalidad del artículo 1 es perfilar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo limitándolo expresamente a la conciliación comercial internacional. En el artículo 1 se definen los términos "conciliación" e "internacional" y se enuncian las condiciones para determinar lo que se considerará establecimiento de una parte si ésta tiene más de uno o si no tiene ninguno.

27. En el curso de la preparación de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo convino en general en que el ámbito de aplicación del reglamento uniforme se limitara a las cuestiones comerciales (véanse los documentos A/CN.9/468, párr.21; A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 113 a 116; y A/CN.9/487, párr. 89). El concepto de "comercial" se define de forma general en la nota 1 de pie de página correspondiente al párrafo 1 del artículo 1). La finalidad de la nota es dar amplitud y envergadura al texto a fin de superar las dificultades técnicas que pudiera plantear el derecho interno al determinar el carácter comercial de una operación. La nota está inspirada en la definición que figura en la nota de pie de página del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. En dicha Ley Modelo no figura ninguna definición estricta del término "comercial" con el fin de que se dé al término una interpretación amplia y englobe así todas las relaciones jurídicas de carácter comercial, ya sean contractuales o no. En la nota 1 de pie de página figura una lista ilustrativa de las relaciones que deben considerarse comerciales, poniendo así de relieve la amplitud de la interpretación que debe darse al texto y que el criterio no se basa en lo que el derecho interno pueda considerar "comercial". Este criterio puede resultar particularmente útil en los ordenamientos jurídicos en que no exista un cuerpo diferenciado de legislación mercantil; entre los países que dispongan de tal legislación, la nota de pie de página puede contribuir a la armonización. En ciertos países puede ocurrir que las notas de pie de página en textos legales no se consideren elementos suficientes para determinar una práctica. Por lo tanto, tal vez sea conveniente que las autoridades nacionales que incorporen

la Ley Modelo a su derecho interno incluyan el texto de la nota en el cuerpo de la legislación de promulgación propiamente dicho.

28. En el proyecto inicial, el lugar de conciliación era uno de los principales elementos determinantes de la aplicación de la Ley Modelo. Sin embargo, posteriormente, la Comisión llegó a la conclusión de que ese enfoque podía resultar incompatible con la práctica seguida. Dado que a menudo las partes no designaban formalmente el lugar de conciliación y dado que en la práctica la conciliación podía tener lugar en varios sitios, se consideró problemático y artificial que el lugar de conciliación fuera el criterio primordial para determinar la aplicación de la Ley Modelo. Estas son las razones por las cuales la Ley Modelo no contiene ninguna regla objetiva para determinar el lugar de la conciliación (A/CN.9/506, párr. 21).

29. En el párrafo 2 del artículo 1 se enuncian los elementos para la definición de la conciliación en la que se tienen en cuenta la existencia de una controversia, la intención de las partes de llegar a un arreglo amistoso y la participación de un tercero o de terceros independientes e imparciales que deberán ayudar a las partes a llegar a una solución amistosa. Su finalidad es distinguir la conciliación del arbitraje vinculante, en primer lugar, y de la negociación entablada entre las partes, o entre sus representantes, en segundo lugar. Las palabras “y sin poder para imponer a las partes una decisión” tienen por objeto aclarar y recalcar la distinción entre la conciliación y otras vías como la del arbitraje (A/CN.9/487, párr.101, y A/CN.9/WG.II/WP.115, observación 8).

30. Las palabras “designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente” sirven para indicar que la Ley Modelo será aplicable con independencia del nombre por el que se designe dicho procedimiento. La amplitud de la definición pone en evidencia que no se pretende distinguir estilos ni modalidades de mediación. La Comisión quiere dar a la palabra “conciliación” el carácter amplio de un proceso voluntario en que el procedimiento no escape del control de las partes y que se lleve a cabo con la asistencia de un tercero neutral. En la práctica se utilizan diversas vías y técnicas procesales para llegar al arreglo de una controversia y cabe valerse de diversos términos para designarlas. Al preparar la Ley Modelo, la Comisión quiso que abarcara todas las vías y técnicas procesales que entraran en el ámbito del artículo 1.

31. En principio, la Ley Modelo es aplicable a la conciliación internacional, definida en el párrafo 3 del artículo 1. El párrafo 3 enuncia un criterio para distinguir las controversias internacionales de las internas. El requisito de carácter internacional se cumple cuando las partes en el acuerdo de conciliación tienen sus establecimientos en distintos Estados en el momento de celebración del acuerdo o cuando el Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones dimanantes de la relación comercial o el Estado con el que el tema de la controversia esté más estrechamente vinculado no sea el Estado en que las partes tienen sus establecimientos. El párrafo 4 enuncia un criterio para determinar el establecimiento de la parte cuando ésta tenga más de un establecimiento o no tenga ninguno. En el primer caso, el establecimiento será el que esté más estrechamente vinculado al acuerdo de conciliación. Se considerará que hay un vínculo estrecho cuando una parte sustancial de las obligaciones dimanantes de la relación comercial objeto de la controversia deba cumplirse en ese establecimiento; o cuando el tema de la controversia esté más estrechamente vinculado con ese establecimiento.

Cuando la parte carezca de establecimiento, se tomará en consideración la residencia habitual de ésta.

32. La Ley Modelo no debería interpretarse como una invitación a los Estados promulgantes a limitar su aplicabilidad a los casos internacionales. Al adoptar la Ley Modelo, la Comisión llegó a la conclusión de que la Ley Modelo resultaría más aceptable si no interfería en el régimen de la conciliación interna (A/CN.9/487, párr. 106). Ahora bien, ninguna de sus disposiciones sería, en principio, inadecuada para la solución de una controversia interna (A/CN.9/506, párr. 36 y A/CN.9/WG.II/WP.116, párr. 16). Al adoptar la correspondiente legislación, un Estado promulgante puede disponer que la Ley Modelo será aplicable tanto a la conciliación interna como a la internacional (A/CN.9/506, párr. 17). Además, en virtud del párrafo 5, las partes pueden optar por la aplicación de la Ley Modelo a una conciliación comercial aunque no sea internacional conforme a la definición de la Ley Modelo. A pesar de que la aplicabilidad de la Ley Modelo está expresamente limitada a la conciliación comercial, ninguna de sus disposiciones debería impedir que un Estado promulgante la hiciera aplicable también a controversias no propiamente comerciales. Cabe señalar que en algunos ordenamientos, particularmente tratándose de Estados federales, pueden presentarse notables dificultades a la hora de distinguir entre el comercio internacional y el comercio interno (A/CN.9/506, párr. 16).

33. El párrafo 6 permite excluir la aplicación de la Ley Modelo. Cabe recurrir a este párrafo, por ejemplo, cuando las partes en una conciliación de ámbito puramente nacional acuerdan, por conveniencia, que el lugar de conciliación será en el extranjero sin que ello signifique que la conciliación pasa a ser internacional.

34. Al tiempo que reconoce que la conciliación es un procedimiento voluntario dependiente del acuerdo de las partes, el párrafo 7 reconoce asimismo que algunos países han adoptado medidas para promover la conciliación exigiendo, por ejemplo, que las partes recurran en determinados supuestos a la conciliación o permitiendo que los jueces sugieran o exijan de las partes que recurran a la conciliación antes de proseguir la litigación. A fin de evitar toda duda acerca de la aplicabilidad de la Ley Modelo a todos esos supuestos, el párrafo 4) dispone que la Ley Modelo sea aplicable tanto si la conciliación se entabla a instancia de una de las partes, como si se entabla por algún imperativo legal o a instancia de un tribunal. La Ley Modelo no regula esas obligaciones ni las sanciones por su incumplimiento. Este tipo de disposiciones depende de las políticas nacionales que no se prestan fácilmente a una armonización mundial. Se sugiere que, aun cuando el Estado promulgante no requiera que las partes recurran a la conciliación, esa disposición sea no obstante promulgada, ya que es posible que las partes ubicadas en un Estado promulgante recurran a la conciliación a instancia de un tribunal extranjero, en cuyo caso la Ley Modelo debería ser también aplicable.

35. El párrafo 8 faculta al Estado promulgante para excluir determinados supuestos del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. El apartado a) excluye expresamente todo supuesto en el que un juez o árbitro abra, al entender de una controversia, un procedimiento de conciliación. Cabe abrir este procedimiento ya sea a instancia de las partes en la controversia o en el ejercicio del poder discrecional o de las prerrogativas del juez. Se estimó que era necesaria esta exclusión para evitar toda interferencia en el derecho procesal interno. Otro ámbito excluido podría ser el de la negociación colectiva entre patronos y empleados, al

haberse previsto en algunos países una vía de conciliación propia para el régimen de la negociación colectiva que pudiera estar sujeta a consideraciones de orden público distintas de las que han inspirado a la Ley Modelo. Cabe prever también otra exclusión para el supuesto de una conciliación que corra a cargo de alguna otra autoridad judicial (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 5 de pie de página, y A/CN.9/WG.II/WP.115, observación 7). Dado que esos mecanismos de conciliación por vía judicial están sujetos a reglas del poder judicial y dado que la Ley Modelo no tiene la finalidad de regular la jurisdicción de los tribunales de ningún Estado, puede ser apropiado excluir también esos procedimientos del ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/460, párrs. 8 a 10
A/CN.9/468, párrs. 18 y 19
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 108 y 109, 111 a 120 y 123 a 124
A/CN.9/487, párrs. 88 a 109
A/CN.9/506, párrs. 15 a 36
A/CN.9/WG.II/WP.108, párr.11
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 83 a 85 y 87 a 90
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 3 a 7
A/CN.9/WG.II/WP.115, observaciones 1 a 13
A/CN.9/WG.II/WP.116, párrs. 23 a 36

Artículo 2. Interpretación

1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.

36. El artículo 2 da orientación a los tribunales y otras autoridades nacionales o locales que, en la interpretación de la Ley Modelo, deberán tener en cuenta su origen internacional. Esta disposición se inspira en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en el artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en el artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y en el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (A/CN.9/506, párr. 49). El artículo 2 tiene por objeto evitar en la medida de lo posible que un texto uniforme, una vez incorporado a la legislación nacional, se interprete únicamente por referencia a los conceptos del derecho interno. El propósito del párrafo 1 es advertir a los tribunales y a otras autoridades nacionales de que las disposiciones de la Ley Modelo (o las del instrumento de incorporación al derecho interno), aunque sean promulgadas conforme al derecho interno y pasen a formar parte de éste, deben interpretarse teniendo presente su origen internacional, a fin de velar por una interpretación uniforme en los diversos países. Contribuirá a este fin la consideración de las decisiones judiciales de

interpretación de la Ley Modelo recogidas en los documentos de recopilación de jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI (CLOUT).

37. El párrafo 2 dispone que cuando una cuestión no esté resuelta por la Ley Modelo, cabe remitirse a los principios generales en que se inspira. Entre esos principios cabe tomar en consideración, entre otros, los siguientes:

a) Promover la conciliación como método de solución de controversias previendo soluciones jurídicas internacionales armonizadas para facilitar una conciliación que respete la integridad del proceso, y promover la participación activa de las partes y su autonomía;

b) Promover la uniformidad del derecho;

c) Promover debates francos y abiertos entre las partes asegurando la confidencialidad del proceso, limitando la divulgación de cierta información y de hechos planteados durante la conciliación en procedimientos ulteriores, salvo la divulgación de información que requiera la ley o que sea necesaria a efectos de aplicación o cumplimiento;

d) Apoyar la evolución y los cambios en el proceso conciliatorio que se deriven de adelantos técnicos como el comercio electrónico.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/506, párr. 49

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

A reserva de lo dispuesto en el artículo 2 y en el párrafo 3 del artículo 7, las partes podrán convenir en excluir cualquiera de las disposiciones de la presente Ley o en modificar su efecto.

38. A fin de insistir en la importancia que la Ley Modelo atribuye al principio de la autonomía contractual de las partes, se ha enunciado esta disposición en un artículo aparte. Con ello se ha pretendido alinear el texto de la Ley Modelo con el de otros instrumentos de la CNUDMI (por ejemplo, con el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas). La consagración de este principio de la autonomía contractual en un artículo aparte de la Ley Modelo reducirá aun más la necesidad de tener que repetirlo en varias disposiciones concretas de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.115, observación 14). El artículo 3 promueve la autonomía de las partes dejando en sus manos casi todas las cuestiones que pueden resolverse mediante acuerdo. El artículo 2, relativo a la interpretación de la Ley Modelo, y el párrafo 3 del artículo 7, referente al trato equitativo de las partes, son cuestiones que no están sujetas a la autonomía de las partes.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/506, párrs. 51 y 144
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 87
A/CN.9/WG.II/WP.116, párr. 37

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación[3]

1. Salvo que las partes dispongan otra cosa, el procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden entablar ese procedimiento.

2. Si una parte que invitó a la otra a entablar un procedimiento de conciliación no recibe la aceptación de esta última en un plazo de 30 días a partir de la fecha en que se envió la invitación o en cualquier otro plazo especificado en la invitación, esa parte podrá considerar que la otra ha rechazado su oferta de conciliación.

---

[3] Los Estados que desearan adoptar una disposición sobre la suspensión del plazo de prescripción podrían tomar en consideración el texto siguiente:

Artículo X. Suspensión del plazo de prescripción

1. Al iniciarse el procedimiento conciliatorio, dejará de correr el plazo de prescripción en lo referente a la reclamación que sea objeto de la conciliación.

2. Si el procedimiento conciliatorio concluye sin solución, el plazo de prescripción comenzará a correr de nuevo a partir del momento en que la conciliación concluya sin transacción.

39. El artículo 4 regula la cuestión de a partir de qué momento puede darse por iniciado un procedimiento conciliatorio. Al aprobar la Ley Modelo, la Comisión convino en que se armonizara el párrafo 1 de este artículo con el párrafo 7 del artículo 1, a fin de tener en cuenta el hecho de que es posible que se recurra a la vía de la conciliación a raíz de una directriz o de un requerimiento que provenga de un órgano encargado de resolver la controversia, como pudiera ser un tribunal judicial o arbitral. En virtud del artículo 4, la conciliación da comienzo cuando las partes en una controversia acuerdan entablar tal procedimiento. Por consiguiente, aun cuando exista una disposición contractual con arreglo a la cual las partes deban iniciar un procedimiento conciliatorio o incluso cuando un tribunal judicial o arbitral las conmine a emprender esa vía, el procedimiento de conciliación no comenzará hasta que las partes hayan convenido en entablarlo. La Ley Modelo no regula tales obligaciones ni las consecuencias de su incumplimiento por ambas partes o por una de ellas.

40. La referencia genérica al “día en que las partes en esa controversia acuerden entablar ese procedimiento” tiene por objeto abarcar los diversos métodos por los que las partes pueden recurrir a la conciliación. Cabe citar al respecto, por ejemplo, la aceptación por una de las partes de la invitación recibida de la otra para recurrir a la vía conciliatoria, o la aceptación por ambas partes de una directriz o sugerencia de un tribunal judicial o arbitral o de una entidad gubernamental competente instándolas a que abran un proceso de conciliación.

41. Al referirse la disposición únicamente al acuerdo de “entablar ese procedimiento”, la Ley Modelo deja la determinación del momento exacto en el que se celebra ese acuerdo a la norma que sea por lo demás aplicable, al margen del régimen de la conciliación. En última instancia, la cuestión del momento de celebración de un acuerdo entre las partes estará sujeto a prueba (A/CN.9/506, párr. 97).

42. Conforme al párrafo 2, la parte que haya cursado una invitación a la conciliación y que en el plazo de 30 días a partir de la fecha de envío no haya recibido la aceptación de la otra parte podrá considerar que esta última ha rechazado su invitación. Para la respuesta a la invitación, el párrafo 2 prevé un plazo de 30 días, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, o cualquier otro plazo que se fije en la invitación. De este modo se da una flexibilidad máxima al procedimiento y se respeta el principio de la autonomía de las partes en lo relativo al inicio del procedimiento conciliatorio.

43. El artículo 4 no prevé el supuesto de que una invitación a entablar la conciliación sea retirada tras haber sido formulada. Si bien durante la preparación de la Ley Modelo se propuso una disposición en virtud de la cual la parte que invitara a la otra a la conciliación pudiera retirar su invitación mientras no hubiera sido aceptada, se consideró que tal disposición sería probablemente superflua, dada la posibilidad que tenían ambas partes de poner fin en cualquier momento al procedimiento conforme al apartado d) del artículo 12. Además, una disposición que permitiera retirar una invitación a la conciliación podría obstaculizar el régimen de la formación de contratos al introducir nuevas reglas sobre las condiciones en que pudiera retirarse un ofrecimiento o una aceptación de procedimiento conciliatorio (A/CN.9/WG.II/WP.115, observación 17).

44. La nota de pie de página 3, referente al título del artículo 4, contiene un texto optativo para los Estados promulgantes. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si sería conveniente preparar una regla uniforme conforme a la cual al iniciarse un procedimiento de conciliación dejarían de correr los plazos de prescripción que afectaran a reclamaciones objeto de la controversia. Hubo una fuerte oposición a que se mantuviera ese artículo en el texto principal, principalmente debido a que la cuestión del plazo de prescripción planteaba complejos problemas técnicos que dificultarían la incorporación del texto a los regímenes procesales nacionales, que trataban la cuestión de formas distintas. Además, se opinó que la disposición era innecesaria, ya que las partes disponían de otros medios para proteger sus derechos (por ejemplo, acordando prorrogar el plazo de prescripción o iniciando procedimientos arbitrales o judiciales para que dicho plazo deje de correr). Hubo también fuertes argumentos en favor de la inclusión de ese texto en la Ley Modelo, pues se consideraba que, al preservarse los derechos de las partes durante la conciliación, se daría un aliciente para recurrir a ese procedimiento. Se argumentó que en algunos ordenamientos jurídicos no era posible concertar una prórroga del plazo de prescripción y que era preferible que las partes dispusieran de un medio directo y eficiente para proteger sus derechos en vez de que sólo les quedara, como único recurso, el inicio de procedimientos arbitrales o judiciales. Al final se acordó incluir la disposición, como texto optativo, en una nota de pie de página referente al artículo 4 (A/CN.9/506, párrs. 93 y 94).

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 127 a 132
A/CN.9/487, párrs. 110 a 115
A/CN.9/506, párrs. 53 a 56 y 93 a 110
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 95 y 96
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 11 y 12

Artículo 5. Número de conciliadores

El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber un grupo de conciliadores.

45. A diferencia del arbitraje para el que se prevé, como regla supletoria, la formación de un tribunal de tres árbitros, la práctica de la conciliación demuestra que las partes suelen desear que un solo conciliador se encargue de ayudarlas a llegar a un arreglo de su controversia. Por ello, el artículo 5 enuncia, como regla supletoria, que un solo conciliador intervendrá en la conciliación. Varios reglamentos de arbitraje privados prevén, como regla supletoria, un solo árbitro.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 116 y 117
A/CN.9/506, párr. 58
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 13

Artículo 6. Designación de los conciliadores

1. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previsto un único conciliador, las partes se esforzarán en ponerse de acuerdo para designar a ese conciliador.

2. En todo procedimiento conciliatorio que tenga previstos dos conciliadores, cada una de las partes nombrará uno.

3. En todo procedimiento conciliatorio con tres o más conciliadores, cada una de las partes nombrará uno. Las partes procurarán ponerse de acuerdo para la designación de los demás conciliadores.

4. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona apropiada para la designación de los conciliadores. En particular:

a) Toda parte podrá solicitar a tal institución o persona que le recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliadores; o

b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.

5. Al hacer recomendaciones o al designar a personas para el cargo de conciliador, esa institución o persona se dejará guiar por consideraciones que sean conducentes al nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a la de las partes.

6. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento conciliatorio, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya las haya informado de ellas.

46. La finalidad del artículo 6 es alentar a las partes a designar de común acuerdo al conciliador. La ventaja de que las partes traten previamente de llegar a un acuerdo sobre la persona del conciliador estriba en que de este modo se respeta el carácter consensual del procedimiento conciliatorio, lo cual fomenta la confianza en el proceso. Si bien al preparar la Ley Modelo se sugirió que, en el supuesto de que hubiera más de un conciliador, se supeditara todo nombramiento de conciliador al acuerdo de las partes, lo que evitaría toda sospecha de parcialidad, prevaleció el parecer de que lo más práctico era permitir que cada parte nombrara un conciliador. Con ello no sólo se facilita el pronto inicio del proceso de conciliación sino que tal vez se facilite también la concertación de un arreglo al serles más fácil a los conciliadores de ambas partes, sin dejar de actuar con independencia e imparcialidad, aclarar las posturas de sus respectivas partes y aumentar así la probabilidad de que se llegue a una solución. De nombrarse tres o más conciliadores, debería en principio nombrarse al último conciliador impar por acuerdo de ambas partes. Con ello se reforzaría la confianza de las partes en el proceso conciliatorio.

47. De no ponerse de acuerdo las partes en el nombramiento de un conciliador, deberá encomendarse ese nombramiento a un tercero o a una institución. En los apartados a) y b) del párrafo 4 se ha previsto que ese tercero o institución se limiten a facilitar nombres de personas idóneas para esa función o, que si así lo acuerdan las partes, nombren directamente al conciliador o conciliadores. El párrafo 5 enuncia ciertas directrices que habrá de seguir todo tercero o institución que recomiende un conciliador o se encargue de nombrarlo. Esas directrices tratan de favorecer la independencia e imparcialidad del conciliador.

48. El párrafo 6 obliga a toda persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador a revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Esta obligación rige no sólo desde el momento en que se designe a la persona como conciliador sino durante todo el procedimiento. Se sugirió que la disposición regulara las consecuencias que pudiera tener el incumplimiento de esa obligación y, concretamente, que dijera expresamente que, de no cumplirse el requisito de divulgación, no quedaría anulado el procedimiento conciliatorio. No obstante, prevaleció el criterio de que la reglamentación de las consecuencias de dicho incumplimiento había de dejarse en manos del derecho interno del Estado promulgante, pero no de la legislación de promulgación (véase A/CN.9/506, párr. 65).

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 118 y 119
A/CN.9/506, párrs. 59 a 66
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 14
A/CN.9/WG.II/WP.116, párrs. 42 y 43

Artículo 7. Sustanciación de la conciliación

1. Las partes gozarán de autonomía para determinar, por remisión a algún reglamento uniforme de la conciliación o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.

2. De no llegarse a un acuerdo sobre la forma en que deberá sustanciarse la conciliación, el conciliador o el grupo de conciliadores podrán sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estimen adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los eventuales deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

3. En cualquier caso, al sustanciar el procedimiento, el conciliador o el grupo de conciliadores procurarán tratar a las partes con equidad y, al hacerlo, tendrán en cuenta las circunstancias del caso.

4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para resolver la controversia.

49. El párrafo 1 del artículo 7 insiste en que las partes gozan de autonomía para convenir en el curso que se ha de dar a la conciliación. Ese párrafo está inspirado en el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

50. En el párrafo 2 se reconoce que, sin dejar de respetar la voluntad de las partes, el conciliador podrá dirigir el proceso conforme juzgue apropiado.

51. Conviene señalar que si bien la Ley Modelo no fija una pauta de comportamiento para el conciliador, el párrafo 3 dispone que el conciliador o el grupo de conciliadores deben procurar tratar a las partes con equidad, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Se expresó cierta inquietud por el hecho de que, al prever una disposición sobre la sustanciación del procedimiento, el texto podía dar a entender que se invitaba a las partes a tratar de anular el acuerdo conciliatorio alegando trato inequitativo. No obstante, prevaleció la opinión de que debían mantenerse los principios rectores en el cuerpo de las disposiciones legales con el fin de que sirvieran de orientación, en particular para los conciliadores con menos experiencia (A/CN.9/506, párr. 70). La referencia del párrafo 3 al tratamiento equitativo de las partes tiene la finalidad de regir el proceso conciliatorio, pero no el acuerdo de transacción.

52. Los reglamentos de conciliación suelen contener principios destinados a guiar la labor de sustanciación del procedimiento. Cabe citar, como ejemplo, el artículo 7 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, cuyo artículo 7 dice lo siguiente:

"1. El conciliador ayudará a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.

2. El conciliador se atendrá a principios de objetividad, equidad y justicia, teniendo en cuenta, entre otros factores, los derechos y las obligaciones de las partes, los usos de tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso cualesquiera prácticas establecidas entre las partes.

3. El conciliador podrá conducir el procedimiento conciliatorio en la forma que estime adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes, incluida la solicitud de cualquiera de ellas de que el conciliador oiga declaraciones orales, y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

4. El conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controversia. No es preciso que

esas propuestas sean formuladas por escrito ni que se aplique el fundamento de ellas."

Algunos países han incorporado esos principios a su legislación sobre conciliación. Dada la diversidad de enfoques, el proceso de conciliación no siempre discurre del mismo modo. A fin de dar cabida a todos esos enfoques, el texto requiere del conciliador que tenga en cuenta "las circunstancias del caso". El Grupo de Trabajo convino en que, aunque otras disposiciones del artículo 7 estén sujetas a la reserva de que las partes no hayan convenido otra cosa, el párrafo 3 debería verse como la regla mínima que hay que cumplir. Así pues, las partes no pueden convenir otras normas de conducta para el conciliador. A tal efecto, se ha previsto una excepción a la aplicación general del artículo 3, sujeto al párrafo 3 del artículo 7.

53. El párrafo 4 precisa que el conciliador podrá, en cualquier etapa del proceso, proponer un arreglo de la controversia. Al decidir sobre la oportunidad o el alcance de esa propuesta, el conciliador deberá tener en cuenta diversos factores, como los deseos de las partes y las técnicas que haya decidido emplear por estimarlas conducentes al logro de un arreglo.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 56 a 59
A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 125
A/CN.9/487, párrs. 120 a 127
A/CN.9/506, párrs. 67 a 74
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 61 y 62
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 91 y 92
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 15 a 18
A/CN.9/WG.II/WP.115, observaciones 22 y 23

Artículo 8. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

A menos que las partes convengan otra cosa, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o por separado con cada una de ellas.

54. La reunión por separado del conciliador con cada una de las partes es una práctica tan habitual que se ha previsto que el conciliador recurra a ella, salvo que las partes hayan impuesto alguna restricción al respecto. Algunos Estados han incorporado este principio a su legislación sobre conciliación disponiendo que el conciliador puede comunicarse con las partes conjuntamente o por separado. La finalidad de esta disposición es eliminar toda duda sobre si procede o no recurrir a esta práctica.

55. El conciliador no deberá hacer distinciones en su trato con las partes, lo que no quiere decir que haya de dedicar igual tiempo a sus reuniones por separado con cada una de ellas. El conciliador podrá explicar, por adelantado, a las partes que podrán darse ciertas discrepancias, tanto reales como imaginarias, que no son sino resultado de su empeño por explorar todas las cuestiones, intereses o posibilidades que puedan allanar el camino para llegar a un arreglo.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 54 y 55
A/CN.9/487, párrs. 128 y 129
A/CN.9/506, párr. 76
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 56 y 57
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 93
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 19

Artículo 9. Revelación de información entre las partes

Si el conciliador o el grupo de conciliadores o un miembro del grupo recibe de una de las partes información relativa a la controversia, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. Sin embargo, el conciliador o el grupo de conciliadores no podrá revelar la información que reciba de una de las partes, si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

56. Tal como se desprende del título, el artículo 9 se limita a la revelación de información entre las partes. Con respecto a la revelación de información a terceros, hubo acuerdo general en que la Ley Modelo debía contener una disposición sobre el deber de mantener la confidencialidad (véase el artículo 10). El artículo 9 enuncia el principio de que todo dato que una parte facilite al conciliador podrá ser comunicado a la otra parte. Este criterio se ajusta a la práctica establecida en muchos países que ya se refleja en el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Con esta disposición se pretende fomentar una comunicación abierta y franca de información entre las partes y, al mismo tiempo, preservar los derechos de éstas a que se mantenga la confidencialidad. La función del conciliador consiste en propiciar un intercambio sincero de información sobre la controversia. Esa posibilidad fomenta la confianza entre las partes en un proceso de conciliación. Ahora bien, este principio no es absoluto, pues no se obliga al conciliador a poner esa información en conocimiento de la otra parte sino que sólo se le faculta para hacerlo. En efecto, el conciliador contrae el deber de no revelar determinados datos que le hayan sido comunicados por alguna parte, si ésta se los comunica con la condición expresa de que los mantenga confidenciales. Esta restricción está justificada por la consideración de que el conciliador no impone decisiones vinculantes a las partes. Se rechazó la sugerencia de que la parte que facilitara información tuviera que autorizar previamente su comunicación. Se consideró que ese requisito sería excesivamente formal, no se ajustaría a las prácticas arraigadas en muchos países y podría entorpecer todo el proceso de conciliación.

57. El término “información” se ha de interpretar aquí en sentido amplio, ya que es de desear que las partes comuniquen al conciliador todo dato que pueda serle útil. El concepto de “información” que se emplea en este artículo ha de entenderse referido no sólo a las comunicaciones intercambiadas durante la conciliación sino también a las mantenidas antes del comienzo del procedimiento.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 54 a 55
A/CN.9/487, párrs. 130 a 134
A/CN.9/506, párrs. 77 a 82

A/CN.9/WG.II/WP.108; párrs. 58 a 60
A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 94
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 20 y 21

Artículo 10. Deber de confidencialidad

A menos que las partes convengan otra cosa, todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio tendrán carácter confidencial, salvo en los casos en que su revelación esté prescrita por ley o sea necesaria con fines de ejecución y cumplimiento de un acuerdo de transacción.

58. De conformidad con el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, se apoyó la inclusión en el texto de una regla general sobre la confidencialidad aplicable al conciliador y a las partes (A/CN.9/506, párr. 86). La importancia de una disposición sobre la confidencialidad radica en que las partes estarán más predispuestas a aceptar un procedimiento de conciliación si saben que el conciliador no tomará partido ni revelará lo que le hayan comunicado, particularmente en otros procedimientos. Se ha dado un sentido amplio a la disposición empleando las palabras "todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio" a fin de abarcar no sólo la información revelada durante el procedimiento sino también el contenido y el resultado del procedimiento, así como los hechos relacionados con la conciliación que hayan ocurrido antes del acuerdo de conciliación, como las conversaciones mantenidas sobre la oportunidad de recurrir a la conciliación, las cláusulas del acuerdo, la selección de los conciliadores, la invitación a recurrir a la conciliación y la aceptación o el rechazo de tal invitación. Las palabras "todas las cuestiones relativas al procedimiento de conciliación" recibieron apoyo porque reflejaban una fórmula ya experimentada con el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

59. El párrafo 10 está expresamente sujeto a la autonomía de las partes a fin de tener en cuenta el temor a que se imponga a las partes una regla no sujeta a tal autonomía que resulte de muy difícil o imposible ejecución. Con ello se refuerza el principal objetivo de la Ley Modelo, que es respetar la autonomía de las partes ofreciéndoles una regla clara para darles orientación cuando no hayan convenido otra cosa.

60. La regla está sujeta también a excepciones expresas, a saber, cuando la revelación esté prescrita por ley, como en el caso de las pruebas en un procedimiento penal, o cuando sea necesaria para aplicar o cumplir un acuerdo de transacción. Si bien en un principio el Grupo de Trabajo se planteó la posibilidad de enunciar una lista de excepciones, predominó con mucho el parecer de que la enumeración de excepciones en el texto de la Ley Modelo podía plantear difíciles problemas de interpretación, concretamente sobre si la lista había de considerarse exhaustiva. El Grupo de Trabajo consideró que sería más pertinente incluir en la guía para la incorporación al derecho interno una lista ilustrativa y no exhaustiva de excepciones al deber general de confidencialidad. Como ejemplo de excepción prescrita por ley cabe citar la obligación legal del conciliador o de las partes de revelar información si existe un riesgo justificado de que una persona pueda fallecer o sufrir daños físicos sustanciales si no se revela la información, o cuando la información sea de interés público, por ejemplo, cuando exista un riesgo para la salud o la seguridad de las personas o para el medio ambiente.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487, párrs. 130 a 134
A/CN.9/506, párrs. 83 a 86

Artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. A menos que las partes acuerden otra cosa, la parte que participe en un procedimiento conciliatorio o un tercero, incluido un conciliador, no invocará ni presentará como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial lo que figura a continuación; tampoco prestará declaración ni aportará pruebas en tales procedimientos sobre:

a) La invitación de una parte a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una parte esté dispuesta a entablar tal procedimiento;

b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;

c) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

d) Las propuestas presentadas por el conciliador;

e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;

f) Un documento preparado exclusivamente a los efectos del procedimiento conciliatorio.

2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable con independencia de la forma que revistan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.

3. El tribunal arbitral o judicial u otra entidad gubernamental competente no ordenará la divulgación de la información a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, y tal información, de ofrecerse como prueba en contravención del párrafo 1 del presente artículo, será tenida por inadmisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo exija la ley o a efectos de aplicación o cumplimiento de un acuerdo de transacción.

4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo serán aplicables con independencia de si el procedimiento arbitral, judicial u otro procedimiento similar guarda o no relación con la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento de conciliación.

5. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna prueba que sea por lo demás admisible en un procedimiento arbitral o judicial dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

61. En el curso de un procedimiento de conciliación, las partes suelen presentar sugerencias o sus pareceres respecto de posibles propuestas de arreglo, reconocer ciertos hechos o deficiencias o indicar su deseo de llegar a un arreglo. Si, pese a

tales esfuerzos, la conciliación no da lugar a un arreglo y alguna de las partes entabla un procedimiento judicial o arbitral, cabe que esas sugerencias, pareceres y reconocimientos de ciertos hechos o deficiencias sean utilizados en detrimento de la parte que los indicó durante la conciliación. La posibilidad de que esa información pueda servir para ulteriores fines de la otra parte puede desalentar a las partes que se esfuercen por llegar a una transacción en el procedimiento, lo que reduciría la utilidad de la vía conciliatoria (A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 18). Así pues, la finalidad del artículo 11 es alentar un intercambio fluido y sincero de información entre las partes y el conciliador prohibiendo la utilización en ulteriores procedimientos de la información enumerada en el párrafo 1. Las palabras "o un tercero" se utilizan para aclarar que toda otra persona (por ejemplo, un testigo o experto) que haya participado en el proceso de conciliación quedará igualmente obligada por la regla del párrafo 1.

62. Esta disposición resulta particularmente necesaria para el supuesto de que las partes no hayan convenido en someterse a lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI, en virtud del cual "las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial ...:

a) Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una posible 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."

63. Ahora bien, aun cuando las partes hayan convenido en una regla de esta índole, la disposición legal propuesta como modelo puede ser útil, al menos en algunos ordenamientos, al no ser seguro que el tribunal reconozca plenamente la validez de los acuerdos relativos a la admisibilidad de ciertas pruebas en procedimientos judiciales.

64. Habida cuenta de la regla general enunciada en el artículo 3, se consideró que las palabras iniciales del artículo 11 ("a menos que las partes acuerden otra cosa") eran superfluas. No obstante, prevaleció la opinión de que manteniendo estas palabras en el texto quedaría mejor reflejada la función de la norma establecida en el párrafo 1 como norma de conducta supletoria para las partes (A/CN.9/506, párr. 102).

65. Este artículo tiene la finalidad de eliminar toda incertidumbre sobre si las partes pueden convenir en no utilizar como pruebas en procedimientos arbitrales o judiciales determinados hechos que formen parte del proceso de conciliación. La Ley Modelo trata de evitar que cierto tipo de información sea utilizado en procedimientos judiciales o arbitrales subsiguientes, con independencia de si las partes han convenido en una regla como la enunciada en el artículo 20 del Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI. Para el supuesto en que las partes no hayan convenido una regla en contrario, la Ley Modelo dispone que las partes no podrán invocar en subsiguientes procedimientos arbitrales o judiciales los tipos de prueba especificados en la disposición modelo. Así, las pruebas especificadas no

serían admisibles como pruebas y el tribunal arbitral o judicial no podría ordenar que se revelaran.

66. El párrafo 2 dispone que la prohibición del artículo 11 sería aplicable a la información especificada, por ejemplo, con independencia de si ha sido consignada o no en un documento.

67. El párrafo 3 dispone que un tribunal judicial o arbitral no deberá ordenar la revelación de dato alguno de los mencionados en el párrafo 1 a no ser que esa revelación esté autorizada o sea exigible con arreglo a la ley procesal por la que se rijan las actuaciones judiciales o arbitrales. Se ha juzgado necesario introducir esta disposición para reforzar y aclarar debidamente lo dispuesto en el párrafo 1. A fin de lograr el objetivo de promover la sinceridad entre las partes en la conciliación, es preciso que éstas conozcan el alcance de la regla y sepan si se va a aplicar. El párrafo 3 enuncia este principio restringiendo la facultad de los tribunales arbitrales o judiciales o de las entidades gubernamentales para revelar esa información y obligándolos a considerar tal información inadmisible como prueba. Sin embargo, puede haber situaciones en que las pruebas de ciertos hechos serían inadmisibles en virtud del artículo 11 pero que pueden llegar a admitirse si existen razones imperativas de orden público. Por ejemplo, cuando sea necesario revelar las amenazas físicas o materiales de que haya sido objeto un participante; cuando un participante trate de utilizar la conciliación para planear o cometer un delito; cuando se requieran pruebas para demostrar o rebatir alegaciones de mala conducta profesional basada en la conducta de una parte durante la conciliación; cuando se requieran pruebas en un procedimiento en que se acuse a una parte de fraude o coacción respecto a la validez y ejecutoriedad de un acuerdo concertado entre las partes; cuando de las declaraciones efectuadas durante un procedimiento de conciliación se desprenda la existencia de una notable amenaza para la salud o la seguridad públicas. En la última frase del párrafo 3 del artículo 11 se enuncian esas excepciones de forma general y en términos similares a los empleados con respecto al deber de confidencialidad en el artículo 10. En virtud del párrafo 4, los párrafos 1 a 3 no son únicamente aplicables a los procedimientos subsiguientes que guarden relación con el primero sino también a todo procedimiento subsiguiente inconexo. El párrafo 5 puntualiza que toda información admisible como prueba en procedimientos judiciales o arbitrales subsiguientes no dejará de serlo por el mero hecho de haber sido presentada en un procedimiento de conciliación anterior (por ejemplo, en una controversia sobre el transporte marítimo de mercancías, el conocimiento de embarque sería admisible para demostrar la identidad del cargador, aunque hubiera sido utilizado en un procedimiento de conciliación). Sólo son inadmisibles ciertas declaraciones hechas en procedimientos de conciliación (como opiniones, reconocimientos de hechos, propuestas e indicaciones de estar dispuesto a resolver la controversia), no las pruebas que respalden esas declaraciones. Así pues, las pruebas utilizadas en procedimientos de conciliación son tan admisibles en procedimientos ulteriores como si dicha conciliación no hubiera tenido lugar.

68. En algunos ordenamientos jurídicos no se puede obligar a las partes a presentar ante el tribunal documentos que estén amparados por algún “privilegio” -por ejemplo, un escrito intercambiado entre un abogado y su cliente-. Cabe, no obstante, que se pierda ese privilegio si la parte ha invocado el documento así amparado en algún procedimiento. Cabe presentar documentos amparados, en el curso de una conciliación, con miras a facilitar el arreglo de la controversia. A fin de

no desalentar esta práctica, el Estado promulgante podría prever alguna disposición uniforme por la que se dispusiera que la presentación, en el curso de una conciliación, de algún documento privilegiado no constituiría renuncia a ese privilegio.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/460, párrs. 11 a 13
A/CN.9/468, párrs. 22 a 30
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 139 a 146
A/CN.9/487, párrs. 139 a 141
A/CN.9/ 506, párrs. 101 a 115
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 18 a 28
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 98 a 100
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 25 a 32

Artículo 12. Conclusión de la conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por concluido:

a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;

b) Al efectuar el conciliador o el grupo de conciliadores, previa consulta con las partes, una declaración por escrito en la que se haga constar que ya no ha lugar a que prosigan los esfuerzos de conciliación, tras la fecha de tal declaración;

c) Al dirigir las partes al conciliador una declaración por escrito en la que hagan constar que dan por concluido el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o

d) Al dirigir una parte a la otra y al conciliador, si éste ha sido designado, una declaración por escrito en la que dé por concluido el procedimiento conciliatorio, en la fecha de tal declaración.

69. En esta disposición se enumeran diversos supuestos en los que el proceso de conciliación pierde su razón de ser y se da por terminado. En el apartado a) se utiliza la palabra “concertar” en vez de “firmar” a fin de dejar más claramente abierta la posibilidad de que se concierte un arreglo por vía electrónica. Al promulgar la presente Ley Modelo, los Estados que no hayan incorporado a su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico deberían plantearse adoptar una disposición del tenor del artículo 6 de esa Ley[4] (A/CN.9/506, párr. 88). En el primer supuesto, enunciado en el apartado a), se prevé que el procedimiento concluye con éxito, es decir, con un acuerdo de transacción. En el segundo supuesto (apartado b)), el conciliador o el grupo de conciliadores ponen fin al procedimiento, previa consulta de las partes. En virtud del apartado c) ambas partes pueden dar por concluido el procedimiento y, conforme al apartado d),

[4] El artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico dispone, entre otras cosas, que “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”.

una parte puede notificar a la otra y al conciliador o al grupo de conciliadores que da por terminado el procedimiento. Como ya se señaló en el contexto del artículo 4, las partes pueden estar obligadas a iniciar un procedimiento de conciliación y a participar en él de buena fe. Esa obligación puede derivarse, por ejemplo, de un acuerdo concertado por las partes antes o después de que surgiera la controversia, de una disposición legal o de una directriz o de un requerimiento judicial. Las fuentes de tal obligación varían entre los países. La Ley Modelo no regula las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación por una parte (véase el párrafo 39 *supra*).

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/487; párrs. 135 y 136
A/CN.9/506, párrs. 87 a 91
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 22 y 23
Véase el artículo 15 del Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI

Artículo 13. Actuación del conciliador como árbitro

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro respecto de una controversia que haya sido o que sea objeto del procedimiento de conciliación ni respecto de otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de un contrato conexo.

70. El artículo 13 refuerza el efecto del artículo 11 al limitar la posibilidad de que el conciliador actúe como árbitro respecto de una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio o respecto de otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de cualquier contrato conexo. La finalidad de este artículo es fomentar la confianza en el conciliador y en la conciliación como método de solución de controversias. Es posible que una parte no esté dispuesta a buscar activamente una solución en un procedimiento conciliatorio si existe la posibilidad de que, al fracasar la conciliación, el conciliador pase a ejercer la función de árbitro en un subsiguiente procedimiento de arbitraje.

71. En algunos casos, cabe que las partes consideren provechoso que el árbitro posea algún conocimiento del caso, particularmente si estiman que ello le permitirá actuar con mayor eficiencia en su cometido. En esos casos, las partes tal vez prefieran que sea el conciliador la persona designada como árbitro de un procedimiento arbitral subsiguiente. Esta disposición no obstaculiza ese nombramiento, con tal de que las partes convengan en hacer excepción a su regla, por ejemplo, designando de común acuerdo al conciliador para que asuma la función de árbitro. No obstante, puede haber casos en que, por consideraciones éticas, el conciliador debiera negarse a ejercer tal función.

72. La disposición es aplicable a toda “controversia que haya sido o que sea objeto del procedimiento de conciliación” o a "otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de un contrato conexo”. En virtud de la primera condición, la disposición es aplicable a los procedimientos conciliatorios pasados y presentes. En virtud del segundo requisito, el artículo es aplicable a controversias derivadas de contratos distintos pero que, en cuanto al factor comercial y a los hechos, guarden una estrecha relación con el objeto de la controversia. Si bien la formulación es muy amplia, para determinar si una controversia plantea cuestiones relacionadas con el contrato principal, sería preciso examinar las circunstancias de cada caso.

73. En un proyecto anterior de ley modelo figuraba una disposición que regulaba la actuación de un árbitro como conciliador. Se convino en que tal disposición regulaba las funciones y competencias de un árbitro y las prácticas de arbitraje que diferían entre los países y que estaban en función de las tradiciones jurídicas y sociales no existe ninguna práctica establecida sobre la cuestión de si un árbitro podía actuar como conciliador, pero algunas experiencias aconsejan prudencia al árbitro a la hora de sugerir que la controversia se someta a conciliación o de ofrecerse como conciliador. Se consideró inapropiado tratar de unificar esas prácticas mediante legislación. Si bien se suprimió la disposición, la Comisión convino en que la Ley Modelo no tenía la finalidad de indicar si un árbitro podía o no actuar como conciliador o participar en un procedimiento conciliatorio referente a la controversia y que esta cuestión debía dejarse a la discreción de las partes conforme a la ley aplicable (véase A/CN.9/506, párr. 132).

74. En un proyecto anterior también se limitaba la posibilidad de que un conciliador actuara como representante o letrado defensor de una parte a reserva de disposición en contrario de las partes. Se señaló que en algunos Estados, aun cuando las partes acordaran que el conciliador actuara como representante o letrado defensor de cualquiera de las partes, tal acuerdo podía contravenir las normas éticas por las que se debía guiar un conciliador y podía considerarse que se minaba la integridad de la conciliación como método de solución de controversias. Se rechazó la propuesta de enmendar la disposición para no dejar la cuestión al arbitrio de las partes, por considerarse que con ello se menoscababa el principio de la autonomía de las partes y no se reconocía que en los ordenamientos jurídicos en que las normas deontológicas impedían a un conciliador actuar como representante o letrado defensor, el conciliador tenía siempre la libertad de negarse a ejercer tales funciones. Conforme a este criterio, se convino en que la disposición no regulara la cuestión de si el conciliador podía actuar como representante o letrado defensor de una de las partes (véase A/CN.9/506, párr. 117).

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 31 a 37
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 148 a 153
A/CN.9/487, párrs. 142 a 145
A/CN.9/506, párrs. 117 a 123 y 130 a 132
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 29 a 33
A/CN.9/WG.II/WP.110, nota 30 de pie de página

Artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

1. En la medida en que las partes hayan convenido en recurrir a la conciliación y se hayan comprometido de manera expresa a no entablar durante cierto plazo o mientras no ocurra algo un procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia presente o futura, el tribunal judicial o arbitral deberá dar efecto a dicho compromiso en tanto no se cumplan las condiciones del acuerdo.

2. No obstante, una parte podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial cuando, según su exclusivo criterio, estime tal procedimiento necesario para salvaguardar sus derechos. El inicio de tal procedimiento no supondrá de por

sí que se renuncie al acuerdo de conciliación ni que se dé por concluido el procedimiento conciliatorio.

75. Durante la preparación de la Ley Modelo se convino en que el texto contuviera una regla en virtud de la cual las partes no pudieran entablar procedimientos arbitrales o judiciales mientras la conciliación estuviera en marcha. El párrafo 1 regula el efecto del acuerdo por el que las partes recurren a la conciliación. Conforme a esta disposición, el tribunal judicial o arbitral deberá oponerse a entablar el correspondiente procedimiento si ello va en contra del acuerdo de las partes.

76. El párrafo 2 del artículo 14 regula las condiciones en que una parte puede entablar un procedimiento judicial o arbitral aunque no haya concluido el procedimiento de conciliación. Se autoriza un procedimiento arbitral o judicial cuando la parte que lo entable lo estime "necesario para salvaguardar sus derechos". Entre las razones que pueden justificar tal procedimiento cabe mencionar la necesidad de solicitar alguna medida cautelar o de evitar que expire algún plazo de prescripción. Esta disposición debería incorporarse a los requisitos procesales y legales vigentes en el Estado promulgante.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/468, párrs. 45 a 49
A/CN.9/485 y Corr.1, párrs. 155 a 158
A/CN.9/487, párrs. 147 a 150
A/CN.9/506, párrs. 125 a 129
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 49 a 52
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, notas 36 y 37

Artículo 15. Ejecutoriedad de la transacción[5]

Si las partes llegan a un acuerdo sobre el modo de resolver una controversia y lo firman, ese arreglo será vinculante y ejecutorio [*El Estado promulgante agregará aquí una descripción del método para dar cumplimiento a los acuerdos de transacción o se remitirá a las disposiciones que rijan tal cumplimiento*].

---

[5] Al aplicar el procedimiento de ejecutoriedad de transacciones, el Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de que ese procedimiento sea imperativo.

77. La solución legal del problema de la ejecutoriedad de los arreglos concertados en un procedimiento de conciliación puede ser muy variada. Muchos profesionales del derecho han adelantado el parecer de que la vía de la conciliación ganaría adeptos si se otorgara al arreglo concertado en el curso de la conciliación una fuerza ejecutoria idéntica o similar a la de un laudo arbitral. Se alega como razón para agilizar la ejecutoriedad de estos arreglos la conveniencia tanto de fomentar el recurso a la vía conciliatoria como de evitar situaciones en las que se hayan de perder meses o años para obtener de un tribunal judicial el fallo ejecutorio de un arreglo alcanzado por esta vía.

78. Algunos ordenamientos no han previsto ningún régimen especial para la ejecutoriedad de esos arreglos, con el resultado de que se les aplica el mismo

régimen que se aplicaría a cualquier contrato concertado entre las partes. Esta interpretación que asimila su ejecutoriedad a la de un contrato ha sido recogida en algunas leyes relativas a la conciliación.

79. Algunas legislaciones permiten a las partes que han resuelto una controversia designar a un árbitro con la misión concreta de dictar un laudo basado en el acuerdo concertado entre las partes. Por ejemplo, la legislación de China dispone que "cuando las partes en un procedimiento conciliatorio lleguen a una transacción, el tribunal arbitral emitirá una declaración escrita de conciliación o dictará un laudo basado en el acuerdo de transacción. La declaración escrita de conciliación y el laudo arbitral escrito tendrán idéntica validez jurídica e idéntico efecto jurídico" (artículo 51 de la Ley de Arbitraje de la República Popular China). En algunos ordenamientos, el valor de un acuerdo conciliatorio depende de si la conciliación ha tenido lugar en el marco del sistema judicial y de si se han entablado acciones judiciales respecto de la controversia. Los acuerdos de conciliación concertados fuera de los tribunales no pueden registrarse judicialmente, a menos que haya procedimientos legales en curso, mientras que en el caso de arreglos conciliatorios concertados en un marco judicial, el tribunal puede dictar órdenes basadas en el acuerdo de conciliación que, como tales, tienen fuerza de ley y son ejecutables.

80. En algunos ordenamientos se ha previsto una vía ejecutoria sumaria para el supuesto de que las partes y sus abogados firmen un arreglo conciliatorio que contenga una declaración por la que se faculta a las partes para recabar la ejecución sumaria de su acuerdo. Es además posible que se haya previsto la ejecución sumaria de un arreglo que haya sido, por ejemplo, legalizado por un notario o refrendado por un juez o por la firma del defensor letrado de cada una de las partes. Por ejemplo, la legislación de Bermudas dispone que "si las partes en un acuerdo de arbitraje que prevea el nombramiento de un conciliador llegan a un acuerdo que resuelva sus diferencias y firman un acuerdo en que se detallen las condiciones del arreglo, … el acuerdo de transacción será tratado, a efectos de ejecución, como un laudo en un acuerdo de arbitraje y, con el asentimiento del tribunal o de un juez del tribunal, podrá ejecutarse del mismo modo que un fallo o un mandamiento al mismo efecto y, con tal asentimiento, podrá dársele forma judicial con arreglo al acuerdo" (Bermudas, *Arbitration Act*, 1986). Del mismo modo, en la India, todo acuerdo de transacción firmado por las partes es definitivo y vinculante para las partes y las personas cuyos derechos estén supeditados a los de aquéllas y "tendrán la misma validez y el mismo efecto que un laudo arbitral" (India, *The Arbitration and Conciliation Ordinance*, 1996, artículos 73 y 74 respectivamente). No obstante, en algunos ordenamientos un acuerdo de transacción concertado durante una conciliación sólo será ejecutorio si dicho acuerdo forma parte de un proceso de arbitraje. Por ejemplo, en Hong Kong (Región Administrativa Especial de China), la sección 2C de la *Arbitration Ordinance* dispone que "cuando un procedimiento de conciliación prospere y las partes lleguen a un acuerdo de transacción escrito (tanto si ello ocurre antes de un procedimiento de arbitraje como si ocurre en el curso del mismo), el Tribunal de Primera Instancia podrá ejecutar dicho acuerdo como si fuera un laudo, siempre y cuando el acuerdo haya sido concertado por las partes en un acuerdo de arbitraje". Esta disposición está respaldada por la Orden 73 del artículo 10 del Reglamento del Tribunal Superior (*High Court*), por el que se aplica el procedimiento de ejecución de laudos arbitrales a la ejecución de acuerdos de transacción de modo que pueda solicitarse la ejecución sumaria y pueda dictarse sentencia con arreglo al acuerdo.

81. El texto del artículo tiene la finalidad de reflejar el mínimo denominador común entre los diversos ordenamientos jurídicos. El Grupo de Trabajo reconoció que el texto era ambiguo, ya que podían hacerse distintas lecturas en función de los ordenamientos; así, por ejemplo, podía interpretarse que el texto preveía un alto grado de ejecutoriedad o que se limitaba a reiterar la obviedad de que todo acuerdo de transacción podía ser ejecutorio si se seguían los procedimientos adecuados. Sin embargo, se invitó a los Estados a presentar observaciones oficiales sobre el proyecto de texto y la Secretaría celebró consultas oficiosas con miras a determinar si cabía mejorar el texto. [*Nota de la Secretaría: previsiblemente habrá que retocar los párrafos 77 a 81 a raíz de los debates mantenidos en el 35º período de sesiones de la Comisión.*]

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/460, párrs. 16 a 18
A/CN.9/468, párrs. 38 a 40
A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 159
A/CN.9/487, párrs. 153 a 159
A/CN.9/506, párrs. 38 a 48 y 133 a 139
A/CN.9/WG.II/WP.108, párrs. 34 a 42
A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 105 a 112
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 y Corr.1, nota 39

II. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

Informe del Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada acerca de la labor de su cuarto período de sesiones (Viena, 24 a 28 de septiembre de 2001) (A/CN.9/505) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-7	294
II.	Deliberaciones y decisiones	8-9	294
III.	Posible adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada	10-180	294
	A. Observaciones generales	10-17	294
	B. Examen de las cuestiones que podrían ser objeto de un proyecto de disposiciones legales modelo inspiradas en las recomendaciones legislativas enunciadas en la Guía Legislativa	18-174	296
	C. Relación entre el proyecto de disposiciones legales modelo y la Guía Legislativa	175-180	318

I. Introducción

1. El presente informe corresponde al cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (anteriormente denominado Grupo de Trabajo sobre los plazos y la prescripción).

2. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su cuarto período de sesiones en Viena del 24 al 28 de septiembre de 2001. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Honduras, Hungría, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Marruecos y Suecia.

3. Asistieron al período de sesiones en calidad de observadores los siguientes Estados: Arabia Saudita, Bosnia y Herzegovina, Ecuador, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Líbano, Namibia, Nigeria, Pakistán, Portugal, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, Turquía y Venezuela.

4. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y *Southeast European Cooperative Initiative*.

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

Presidente: Tore Wiwen-Nilsson (Suecia)

Relator: Judit Kónia (Hungría)

6. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: a) el programa provisional con anotaciones y el calendario de reuniones del cuarto período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.27); b) la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (con miras a eventualmente utilizar las recomendaciones legislativas que allí figuran como base de sus deliberaciones); c) nota de la Secretaría sobre la posible labor futura (A/CN.9/488).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el programa siguiente:

1. Apertura del período de sesiones
2. Elección de la Mesa
3. Aprobación del programa
4. Posible adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada
5. Otros asuntos
6. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

8. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo inició su labor de preparación de un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas para los proyectos de infraestructura con financiación privada, de conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su 34º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001)[1].

9. Se pidió a la Secretaría que preparara un juego de proyectos de disposiciones legales modelo en la esfera de los proyectos de infraestructura con financiación privada, basándose en esas deliberaciones y decisiones, a fin de presentarlo al Grupo de Trabajo en su quinto período de sesiones (Viena, 9 a 13 de septiembre de 2002)[2] para su examen y deliberación ulterior.

III. Posible adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

A. Observaciones generales

10. En su 33º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 12 de junio al 7 de julio de 2000, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó la Guía Legislativa

[1] Ver *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corr.2 y 3), párr. 369.

[2] A reserva de su aprobación por la Comisión en su 35º período de sesiones.

de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada compuesta de recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.9), con las enmiendas aprobadas por la Comisión en ese período de sesiones y las notas de las recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add. 1 a 8), a la que se autorizó a la Secretaría a dar punto final teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión[3]. En el tiempo transcurrido desde entonces se ha publicado la Guía Legislativa en todos los idiomas oficiales (www.uncitral.org).

11. La Comisión examinó también una propuesta referente a una labor complementaria futura en la materia. Se opinó que si bien la Guía Legislativa constituiría una referencia útil para los legisladores nacionales en la creación de un marco legislativo favorable a la inversión privada en infraestructura pública, de todos modos sería conveniente que la Comisión formulara directrices más concretas, en forma de disposiciones legales modelo o, incluso, de ley modelo dedicada a cuestiones concretas[4].

12. Después de examinar esa propuesta, la Comisión decidió que la cuestión de la conveniencia y viabilidad de preparar una ley modelo o disposiciones legales modelo sobre determinadas cuestiones previstas en la Guía Legislativa debería ser estudiada por la Comisión en su 34º período de sesiones. A fin de prestar asistencia a la Comisión para que pudiera adoptar una decisión bien motivada sobre la cuestión, se pidió a la Secretaría que organizara un Coloquio, en colaboración con otras organizaciones internacionales o instituciones financieras internacionales interesadas, a fin de dar a conocer la Guía[5].

13. Se organizó un Coloquio sobre el tema de la infraestructura con financiación privada: marco jurídico y asistencia técnica, con el patrocinio y la asistencia del *Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF*), un fondo de asistencia técnica de donantes múltiples que tiene por objeto ayudar a los países en desarrollo a mejorar la calidad de su infraestructura mediante la participación del sector privado. El Coloquio se celebró en Viena del 2 al 4 de julio de 2001.

14. En su 34º período de sesiones, la Comisión tomó nota con agradecimiento de los resultados del Coloquio, que se resumen en una nota de la Secretaría (A/CN.9/488), y convino en que las Naciones Unidas publicaran las actas del Coloquio. La Comisión recomendó además a la Secretaría que emprendiera actividades en coordinación con otras organizaciones para dar a conocer mejor la Guía Legislativa.

15. Se escucharon diversos pareceres sobre la conveniencia y viabilidad de una labor ulterior de la Comisión en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada.

16. Predominó el parecer de que había una gran demanda particularmente en los países en desarrollo y en los países con economías en transición, de normas legales modelo que impartieran una orientación más precisa al respecto. En este sentido se sugirió utilizar la Guía Legislativa para preparar un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas que resolvieran algunas de las cuestiones sustantivas examinadas en la Guía. Se señaló que, si bien la Guía era en sí misma un instrumento valioso para orientar al legislador nacional en la tarea de promulgar o revisar su propia normativa legal en la materia, esa tarea se vería notablemente simplificada por la existencia de un juego de disposiciones legales modelo. Se observó asimismo que si se acometía esa labor complementaria sin demoras, se podría aprovechar el abundante e importante bagaje de pericia técnica adquirida durante el proceso de elaboración que culminó con la aprobación de la Guía, lo que facilitaría la eficaz conclusión de esa labor en un lapso razonable de tiempo. Por último, se señaló que no era incoherente emprender esta labor complementaria, por un lado y, por otro, procurar dar a conocer y difundir la Guía Legislativa.

17. Tras examinar las diferentes opiniones que se expresaron, la Comisión convino en que se confiara a un grupo de trabajo la tarea de preparar un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión estimó que, para que la labor complementaria sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada pudiera

[3] Ver *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 195 a 368.

[4] Ibíd., párr. 375.

[5] Ibíd., párr. 379.

concluirse en un plazo razonable, era indispensable seleccionar un tema concreto entre las numerosas cuestiones abordadas en la Guía Legislativa. En consecuencia, se acordó que el primer período de sesiones de ese grupo de trabajo se dedicara a concretar las cuestiones sobre las que cabría formular disposiciones legales modelo, posiblemente destinadas a convertirse en una adición a la Guía Legislativa[6].

B. Examen de las cuestiones que podrían ser objeto de un proyecto de disposiciones legales modelo inspiradas en las recomendaciones legislativas enunciadas en la Guía Legislativa

18. El Grupo de Trabajo observó que la finalidad de su labor era dar curso a las recomendaciones legislativas que figuraban en la Guía Legislativa con miras a impartir orientaciones más precisas en forma de disposiciones legales modelo sobre cuestiones concretas, prestándose tal vez mayor atención al capítulo III, "Selección del concesionario". Por lo tanto, la primera tarea del Grupo de Trabajo era determinar las cuestiones respecto de las cuales esas orientaciones resultarían provechosas.

19. El Grupo de Trabajo escuchó varias sugerencias de temas que sería conveniente abordar en las disposiciones legales modelo, incluidos los siguientes: poderes requeridos para otorgar concesiones en el país anfitrión; índole de la concesión (es decir, si es a título exclusivo o no) y su duración; medidas tendientes a lograr una coordinación administrativa eficaz entre los diversos organismos públicos interesados; procedimientos de selección del concesionario; potestad para proporcionar apoyo o garantías públicas al proyecto; disposiciones clave referentes a la etapa de construcción y a la etapa operacional del proyecto; disposiciones destinadas a eliminar todo obstáculo legal eventual para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada; disposiciones destinadas a facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura; mecanismos de solución de controversias para las diversas fases del proyecto; régimen legal de los acuerdos de proyecto, incluida la cuestión relativa a la rama del derecho interno del país anfitrión por la que se regirá el acuerdo (es decir, si será el derecho administrativo o el régimen legal general de los contratos); duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto, incluidos los arreglos de indemnización.

20. Se sugirió que, al estudiar las cuestiones sobre las que se prepararían disposiciones legales modelo, el Grupo de Trabajo evitara formular disposiciones que prescribieran cuál había de ser el contenido del acuerdo de proyecto. Más bien, el objetivo primordial del Grupo de Trabajo debía ser formular disposiciones legales modelo que permitan recurrir a la financiación privada para el desarrollo de infraestructuras sin que sean demasiado prescriptivas con respecto a los arreglos contractuales entre las diversas partes interesadas.

21. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esas sugerencias y observaciones. Se señaló que en su mayor parte esas cuestiones ya habían sido tratadas en la Guía Legislativa. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que debía utilizar las recomendaciones legislativas como base de sus deliberaciones. También estuvo de acuerdo en comenzar su tarea por las recomendaciones relativas a la selección del concesionario, para pasar luego a las demás cuestiones tratadas en la Guía.

Capítulo III. Selección del concesionario

Consideraciones generales

Recomendación 14

22. El texto de la recomendación dice:

> "La ley debe prever un proceso para la selección del concesionario que esté basado en procedimientos competitivos, transparentes y eficaces adaptados a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada."

23. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que convendría formular una disposición legal modelo que enunciara los principios generales que deberían regir el proceso encaminado a la selección del

[6] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corr.2 y 3), párr. 369.

concesionario. La cuestión de si se requería una disposición sustantiva a ese respecto, o si se debía expresar la idea en un párrafo del preámbulo de la disposición legal modelo, era una cuestión a la que el Grupo de Trabajo decidió regresar en una etapa posterior, una vez que la Secretaría hubiese preparado el proyecto inicial.

24. A modo de observación general, se señaló que el capítulo III de la Guía Legislativa enunciaba una extensa serie de recomendaciones legislativas, con observaciones detalladas sobre ellas. A ese respecto, se preguntó si se recomendaba que el país anfitrión regulara en una norma legal especial los procedimientos de selección del concesionario y, en ese caso, cuál sería la relación entre esa norma y el régimen legal general de la contratación pública.

25. En respuesta, se señaló que la finalidad de las recomendaciones legislativas era ayudar al país anfitrión a elaborar un régimen especial adaptado a la selección del concesionario. Las recomendaciones respondían a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada y diferían en muchos respectos de la normativa propia de un régimen general de la contratación pública, como el enunciado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios ("Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública"). Las recomendaciones legislativas no estaban destinadas ni a sustituir ni a reproducir el régimen general de la contratación pública, y correspondía a cada país anfitrión decidir la forma en que podían aplicarse mejor. Por ejemplo, un Estado podría optar entre promulgar una ley o un reglamento especial relativo a la selección del concesionario, o incorporar esa cuestión al régimen general de los proyectos de infraestructura con financiación privada, con remisiones pertinentes a toda norma legal que tratase de otras cuestiones no incluidas en las recomendaciones (como los arreglos administrativos y prácticos para llevar adelante el procedimiento de selección).

26. A ese respecto, se sugirió que el Grupo de Trabajo tal vez debiera examinar cuidadosamente la relación entre las disposiciones modelo sobre los procedimientos de selección y el régimen de la contratación pública en general en el país anfitrión. El Grupo de Trabajo debería tener en cuenta dos aspectos.

27. El primero era el hecho de que la recomendación legislativa 14 partía del supuesto de que en el país anfitrión existía un marco general para la contratación pública que preveía procedimientos competitivos eficaces y transparentes en una forma que satisfacía las normas establecidas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se invitó al Grupo de Trabajo a que, a su debido tiempo, examinara la forma en que las disposiciones legales modelo que se prepararan abordarían las necesidades de los países que no disponían de tal marco general.

28. El segundo aspecto que se señaló a la atención del Grupo de Trabajo se refería a la índole peculiar del procedimiento de selección requerido para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se señaló que la experiencia en el ámbito internacional había dejado entrever ciertas limitaciones de las formas tradicionales de selección competitiva, como el método de la licitación, cuando se aplicaban a la concesión de proyectos de infraestructura con financiación privada. Las disposiciones legales modelo que había de elaborar el Grupo de Trabajo debían poner en claro la índole peculiar del procedimiento de selección de que habrían de ocuparse.

Preselección de los ofertantes

29. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

Recomendación 15

> "Los ofertantes deben demostrar que cumplen los criterios de preselección que la autoridad contratante considere apropiados para el proyecto de que se trate y que disponen de:
>
> a) Las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos humanos, el equipo y otros medios físicos necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde el diseño y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;

b) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos financieros de las fases de diseño, construcción y explotación del proyecto;

c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, especialmente experiencia previa en la explotación de infraestructuras públicas."

Recomendación 16

"Debe autorizarse a los ofertantes para formar consorcios con miras a presentar propuestas, pero sin que ningún miembro de un consorcio preseleccionado pueda participar, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio ofertante."

Recomendación 17

"La autoridad contratante debe preparar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a quienes posteriormente se invitará a presentar propuestas una vez concluida la fase de preselección."

30. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que recogiera el contenido de la recomendación 15.

31. Según una de las opiniones expresadas con respecto a las recomendaciones 16 y 17, se trataba de disposiciones de carácter operativo que no era necesario regular en forma de disposiciones legales modelo.

32. Frente a esta opinión se argumentó que la preselección era una fase crucial del proceso de selección del concesionario para proyectos de infraestructura con financiación privada y que, por consiguiente, debería prepararse un juego de disposiciones legales modelo al respecto. En una observación de carácter general se dijo que el Grupo de Trabajo debería tratar de preparar un texto completo y detallado al servicio del legislador y de toda autoridad o entidad pública interesada, y que constituya un instrumento autónomo o suficiente para promulgar un nuevo régimen legal o revisar el ya existente en materia de infraestructuras con financiación privada. En consecuencia, se convino en que toda disposición que se considerara indispensable para cumplir los objetivos de los proyectos de infraestructura con financiación privada tenía que figurar en el proyecto de texto. No obstante, el Grupo de Trabajo estimó necesario abstenerse de regular, en las disposiciones legales modelo, detalles innecesarios que pudieran restar flexibilidad a su texto.

33. Con respecto a la recomendación 16, se expresó la opinión de que la presentación de ofertas por consorcios no podía regularse en una única disposición, ya que había que hacer distinciones en función de los tipos de proyectos. Esta opinión no recibió apoyo, por considerarse que las disposiciones legales modelo debían regular los proyectos de infraestructura con financiación privada desde una perspectiva general, conforme al criterio seguido en la Guía Legislativa.

34. Con respecto a la recomendación 17, recibió un amplio apoyo la sugerencia de que la breve lista de ofertantes preseleccionados fuera publicada y notificada a todas las partes interesadas que aspiraran a figurar entre los ofertantes preseleccionados. Muchos delegados compartieron la opinión de que publicando la lista se daría una mayor transparencia al proceso, sin perjuicio de que los Estados promulgantes pudieran regular la cuestión de la publicación en una ley, y no en reglamentos. Se recordó que la notificación de todas las partes que hayan presentado una solicitud de precalificación ya estaba prevista en el párrafo 6) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

Procedimiento para la solicitud de propuestas

Solicitud de propuestas en una y en dos etapas

Recomendación 18

35. El texto de la recomendación dice:

"Una vez concluido el procedimiento de preselección, la autoridad contratante deberá invitar a los ofertantes preseleccionados a que presenten sus propuestas definitivas."

36. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Recomendación 19

37. El texto de la recomendación dice:

"No obstante lo anteriormente recomendado, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular el pliego de condiciones o de indicadores de ejecución y las cláusulas contractuales del proyecto con el detalle y la precisión requeridos para la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, se seguirán las siguientes disposiciones:

a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas relativas al pliego de condiciones y demás características del proyecto, así como a las cláusulas contractuales propuestas;

b) La autoridad contratante podrá convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas;

c) Tras examinar las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales y las condiciones contractuales del proyecto antes de publicar su solicitud definitiva de propuestas."

38. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que recogiera el contenido de esta recomendación legislativa.

Contenido de la solicitud definitiva de propuestas

Recomendación 20

39. El texto de la recomendación dice:

"En la solicitud definitiva de propuestas debe figurar al menos lo siguiente:

a) La información general que puedan necesitar los ofertantes para preparar y presentar sus propuestas;

b) El pliego de condiciones del proyecto y los indicadores de ejecución pertinentes, incluidas las exigencias de la autoridad contratante en materia de normas de seguridad y de protección del medio ambiente;

c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante;

d) Los criterios para evaluar las propuestas, el coeficiente de ponderación que debe asignarse a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse los criterios en la evaluación de las propuestas."

40. Se observó que era crucial disponer que en la solicitud definitiva de propuestas deberán figurar las cláusulas y condiciones del contrato ofrecido por la autoridad contratante, tal como dispone el apartado c) de la recomendación 20, y que, por lo tanto, debía mantenerse esta disposición en el texto.

Aclaraciones y modificaciones

Recomendación 21

41. El texto de la recomendación dice:

"La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar su solicitud definitiva de propuestas emitiendo un documento complementario con una antelación razonable al término del plazo para la presentación de propuestas."

42. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Criterios de valoración

Recomendación 22

43. El texto de la recomendación dice:

"Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas técnicas deben referirse a la idoneidad de la oferta presentada para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante, y concretamente a:

a) Su solvencia técnica;

b) Su viabilidad funcional;

c) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad;

d) El potencial de desarrollo socioeconómico inherente a la oferta presentada."

Recomendación 23

44. El texto de la recomendación dice:

"Para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales cabe utilizar, según proceda, los siguientes criterios:

a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;

b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;

c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual de las inversiones en capital y de los gastos de explotación y mantenimiento;

d) El respaldo público financiero que se solicite;

e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;

f) La conformidad de la propuesta con las condiciones contractuales enunciadas en la solicitud."

45. El Grupo de Trabajo examinó el vínculo funcional entre los criterios de valoración relativos a los aspectos no financieros, que figuran en la recomendación 22, y los criterios relativos a los aspectos financieros, enunciados en la recomendación 23.

46. Según una de las opiniones, las disposiciones legales modelo deberían recomendar que no se atribuyera demasiado valor a los aspectos financieros de una propuesta, como sería el precio, en detrimento de los aspectos no financieros, por no ser éste el mejor enfoque para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Según otra opinión similar, convendría que en las disposiciones legales modelo se especificara que los criterios relacionados con el precio sólo podrán tenerse en cuenta una vez evaluados los aspectos no financieros de las propuestas.

47. Frente a este argumento, se señaló que en las notas que complementan la Guía Legislativa ya se había examinado exhaustivamente la cuestión de la importancia relativa que había que dar a los criterios financieros con respecto a los aspectos no financieros. Se señaló además que no sería apropiado regular por vía legal la jerarquía entre los criterios de valoración. A este respecto, se recordó asimismo que el Grupo de Trabajo no tenía por mandato revisar las decisiones de política general en que se basaba la Guía Legislativa sino en aplicarlas.

48. Se expresó la inquietud de que, si no se tenía debidamente en cuenta el criterio del precio, se resintiera la transparencia global del proceso. Se sugirió que el proyecto de disposiciones legales modelo formulara parámetros que aseguraran la objetividad del procedimiento. A este respecto, se observó que la transparencia y la objetividad podían asegurarse con los umbrales que fijara la autoridad contratante para determinar si las propuestas se atenían a los criterios establecidos, tal como dispone la recomendación 24. Se señaló además que la autoridad contratante debería fijar esos umbrales con miras a asegurar la viabilidad del proyecto. Se sugirió también que en la solicitud definitiva de propuestas (recomendación 20) figuraran también estos umbrales fijados para determinar la conformidad de las propuestas con los criterios establecidos.

49. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de la determinación de la importancia relativa que debía darse a los criterios de evaluación se dejara en manos de la autoridad contratante, siempre y cuando hubiera suficiente transparencia. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró también que sería útil que las disposiciones legales modelo ofrecieran a la autoridad contratante la posibilidad de estructurar el proceso de evaluación en dos etapas, en términos análogos a los del artículo 42 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y tal como se expresa en el párrafo 81 del capítulo III de la Guía Legislativa.

50. Recibió apoyo la sugerencia de que entre los criterios de valoración no financiera pertinentes se mencionara expresamente la inocuidad para el medio ambiente, aunque ya pudiera estar implícita en los criterios de "solvencia técnica" y "calidad de los servicios".

51. En respuesta a una pregunta formulada sobre la relación entre el apartado f) de la recomendación 23 y la recomendación 21, con arreglo a la cual la autoridad contratante podía aclarar o modificar la solicitud definitiva de propuestas, se explicó que el apartado f) sólo se refiere a las condiciones contractuales que la autoridad contratante no haya declarado no negociables y que podrán, por ello, ser negociadas. Con miras a dar una mayor transparencia al texto, el Grupo de Trabajo decidió que esta cuestión sea claramente explicitada en las disposiciones legales modelo.

Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas

Recomendación 24

52. El texto de la recomendación dice:

> "La autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial que deberá respetar toda propuesta de conformidad con los criterios establecidos en la solicitud de propuestas. Toda propuesta que no alcance estos umbrales deberá ser desestimada por falta de conformidad."

53. A reserva de la sugerencia formulada respecto del apartado f) de la recomendación 23, se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Recomendación 25

54. El texto de la recomendación dice:

> "Se haya seguido o no un procedimiento de preselección, la autoridad contratante podrá reservarse el derecho a pedir a los ofertantes que confirmen sus calificaciones conforme a los criterios y procedimientos enunciados en la solicitud de propuestas o en los documentos de preselección, según corresponda. De haberse seguido un procedimiento de preselección, los criterios serán los mismos que los fijados para dicho procedimiento."

55. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Negociación final y adjudicación del proyecto

Recomendación 26

56. El texto de la recomendación dice:

> "La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes siguiendo los criterios de valoración expuestos en la solicitud de propuestas e invitar a una negociación final del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas."

57. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Recomendación 27

58. El texto de la recomendación dice:

> "Si la autoridad contratante se percata de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un acuerdo de proyecto, deberá informar a ese ofertante de que da por terminadas las negociaciones a fin de invitar sucesivamente a negociar a los demás ofertantes, por orden de puntuación, hasta llegar a un acuerdo de proyecto con alguno de ellos o rechazar las restantes ofertas."

59. Se pidió a la Secretaría que redactara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa. Sin embargo, a efectos de transparencia, se sugirió que se especificaran las circunstancias concretas en que la autoridad contratante podía considerar que las negociaciones con un ofertante no tenían posibilidades de culminar en un acuerdo.

Adjudicación del proyecto sin recurso a un procedimiento competitivo

Recomendación 28

60. El texto de la recomendación dice:

"La ley deberá especificar los supuestos excepcionales en los que se podrá facultar a la autoridad contratante para seleccionar al concesionario sin recurrir a una vía competitiva, como sucedería:

a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico entablar un procedimiento de selección competitiva;

b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se prevea una inversión inicial que no supere una cantidad módica especificada;

c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;

d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste requiera la utilización de tecnología patentada o de conocimientos técnicos singulares);

e) De recibirse propuestas no solicitadas en los términos enunciados en las recomendaciones legislativas 34 y 35;

f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado solicitudes ni propuestas, o las propuestas no cumplan los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que la publicación de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación del proyecto;

g) Otros supuestos en los que una autoridad superior autorice tal excepción por razones de peso y de interés público."

61. Como observación general, se señaló que en algunos países las concesiones no siempre se adjudicaban recurriendo a vías competitivas formalmente estructuradas. En combinación con medidas para fomentar la transparencia, los procedimientos menos formalizados a los que se recurría en esos países producían resultados satisfactorios, circunstancia que se reflejaba adecuadamente en las notas de la recomendación legislativa 28[a]. Por consiguiente, se sugirió que no debía figurar la palabra "excepcionales" en una disposición modelo para aplicar la recomendación 28.

62. Hubo enérgicas objeciones a esa propuesta, dado que la opinión predominante en el Grupo de Trabajo era que el texto de la recomendación 28 reflejaba correctamente la orientación normativa adoptada por la Comisión en el sentido de que, en el contexto de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la adjudicación de concesiones sin recurrir a vías competitivas estructuradas debía utilizarse en circunstancias excepcionales.

63. Se recordó al Grupo de Trabajo que la Comisión entendía que la lista de supuestos excepcionales en los que se autorizaba la selección del concesionario sin recurrir a una vía competitiva estructurada no era exhaustiva[7]. No obstante, el Grupo de Trabajo opinó que la flexibilidad a la que aspiraba la Comisión ya figuraba en el apartado g) de la recomendación y que, como cuestión de técnica de redacción, las palabras "como sucedería" no deberían figurar en una disposición modelo de aplicación de la recomendación 28. El Grupo de Trabajo convino en examinar la cuestión de la ampliación del alcance del apartado g) añadiendo un texto del siguiente tenor: "u otros supuestos de la misma índole excepcional que se definan en la ley".

64. El Grupo de Trabajo convino en que las palabras "urgente" en el apartado a) y "de peso" en el apartado g) podrían no resultar necesarias en una disposición modelo para aplicar la recomendación 28.

Recomendación 29

65. El texto de la recomendación dice:

---

[a] Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.01.V.4), cap. III, párr. 88.

[7] Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/53/17), párr. 168.

"La ley podrá exigir que en la adjudicación no competitiva de una concesión se observe el siguiente procedimiento:

a) La autoridad contratante deberá publicar un anuncio de su intención de adjudicar una concesión para la ejecución del proyecto propuesto y deberá entablar negociaciones con el mayor número posible de sociedades, tenidas por aptas para llevar a cabo el proyecto, que la situación permita;

b) Las ofertas deberán ser evaluadas y puntuadas conforme a los criterios de evaluación establecidos por la autoridad contratante;

c) Salvo para el supuesto mencionado en la recomendación 28 c), la autoridad contratante deberá publicar un anuncio de la concesión en el que se den a conocer las razones y circunstancias especiales por las que se vaya a proceder a su adjudicación no competitiva."

66. El Grupo de Trabajo convino en que sería conveniente preparar una disposición legal modelo que recogiera el contenido de la recomendación 29.

67. El Grupo de Trabajo convino igualmente en que podría resultar conveniente ampliar el alcance del apartado c) a fin de armonizar los requisitos de publicidad contenidos en el mismo con los requisitos relativos a los expedientes mencionados en el párrafo 122 del capítulo III de la Guía Legislativa.

Propuestas no solicitadas

68. Hubo acuerdo general en el seno del Grupo de Trabajo en que sería adecuado proporcionar orientación legislativa concreta, en forma de disposiciones legales modelo, sobre la manera en que las autoridades contratantes podían tramitar las propuestas no solicitadas. Se señaló que, a ese respecto, independientemente de que tales propuestas pudieran dar lugar a objeciones de principio, sería preferible ofrecer a los Estados promulgantes un sistema satisfactorio para garantizar la transparencia y la equidad en la tramitación de las propuestas no solicitadas, en lugar de ignorarlas lisa y llanamente.

69. Como observación general, se señaló que podría resultar conveniente que el Grupo de Trabajo definiera más claramente la noción de propuestas no solicitadas. También se sugirió que el Grupo de Trabajo indicara, posiblemente en notas que podrían adjuntarse a las disposiciones legales modelo, que la autoridad contratante debería elaborar procedimientos administrativos adecuados a fin de garantizar la eficiencia y transparencia de la tramitación de las propuestas no solicitadas.

Recomendación 30

70. El texto de la recomendación dice:

"Como excepción respecto de los procedimientos de selección descritos en las recomendaciones legislativas 14 a 27, se podrá autorizar a la autoridad contratante a examinar las propuestas no solicitadas por algún procedimiento especial que la ley haya previsto para este fin, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que la autoridad contratante haya anunciado o iniciado un procedimiento de selección."

71. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Procedimiento para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

Recomendación 31

72. El texto de la recomendación dice:

"Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar al autor de la propuesta, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto puede revestir o no interés público. De considerarse que el proyecto reviste interés público, la autoridad contratante deberá invitar al autor a presentar una propuesta formal suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente el concepto o la tecnología y determinar si la propuesta cumple las condiciones establecidas por la ley y si tiene posibilidades de ser ejecutada con éxito a la escala del proyecto propuesto."

73. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Recomendación 32

74. El texto de la recomendación dice:

> "El autor de la propuesta debe conservar la titularidad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, y esos documentos deben serle devueltos en caso de que se rechace la propuesta."

75. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Procedimiento a seguir en la tramitación de propuestas no solicitadas que no entrañen algún concepto de ingeniería o tecnología patentado

Recomendación 33

76. El texto de la recomendación dice:

> "La autoridad contratante deberá abrir un procedimiento de selección competitiva conforme a las recomendaciones 14 a 27 *supra* caso de comprobarse que los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos o caso de comprobarse que el concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos. Deberá invitarse al autor de la propuesta no solicitada a participar en ese procedimiento y podrá dársele una prima por haber presentado la propuesta."

77. Se pidió a la Secretaría que redactara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa. No obstante, se señaló que tal vez sería necesario que el Grupo de Trabajo aclarara la noción de "prima" que figuraba en la recomendación en una etapa posterior.

Procedimiento a seguir en la tramitación de propuestas no solicitadas que entrañen algún concepto de ingeniería o tecnología patentado

Recomendación 34

78. El texto de la recomendación dice:

> "Si se comprueba que los resultados previstos del proyecto no pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos, la autoridad contratante deberá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada. Con este fin, la autoridad contratante deberá publicar una descripción de los elementos esenciales de los resultados de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de un plazo razonable."

79. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Recomendación 35

80. El texto de la recomendación dice:

> "La autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta no solicitada si no recibe otras propuestas, siempre que cuente con la aprobación de una autoridad de rango superior. Si se presentan otras propuestas la autoridad contratante deberá invitar a todos sus autores a negociaciones conforme a lo dispuesto en los apartados a) a c) de la recomendación legislativa 29."

81. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Confidencialidad

Recomendación 36

82. El texto de la recomendación dice:

"Las negociaciones de la autoridad contratante con cada uno de los ofertantes deberán ser confidenciales y ambas partes deberán abstenerse de revelar a otra persona cualesquiera de los pormenores técnicos, comerciales o relativos al precio de las negociaciones, sin el consentimiento de la otra parte."

83. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Aviso de la adjudicación de un proyecto

Recomendación 37

84. El texto de la recomendación dice:

"La autoridad contratante deberá publicar un aviso de la adjudicación del proyecto. Ese aviso deberá dar a conocer la identidad del concesionario y presentar en forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de proyecto."

85. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Expediente del proceso de selección y adjudicación

Recomendación 38

86. El texto de la recomendación dice:

"La autoridad contratante deberá llevar un expediente con todos los datos importantes del proceso de selección y adjudicación. La ley deberá enunciar las condiciones de acceso a dicho expediente."

87. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

Vías de recurso

Recomendación 39

88. El texto de la recomendación dice:

"Los ofertantes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos de esta autoridad conforme a las leyes del país anfitrión."

89. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa. Se observó, a ese respecto, que el Grupo de Trabajo debería, en una etapa posterior, examinar si esa disposición modelo debía figurar después de las disposiciones que trataban de la selección del concesionario o si sería mejor ubicarla junto a las disposiciones que trataban de la solución de controversias en las diversas fases de un proyecto de infraestructura.

Capítulo I. Marco legal e institucional general

Marco constitucional, legal e institucional

Recomendación 1

90. El texto de la recomendación dice:

"El marco constitucional, legal e institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada debe asegurar la transparencia, equidad y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. Debe eliminarse toda restricción innecesaria a la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras."

91. El Grupo de Trabajo reconoció que las dos disposiciones contenidas en la recomendación 1 eran de carácter general, y, como tales, no se prestaban a su transposición a un texto legal. No obstante, se convino en que convendría retener el contenido de la recomendación como recordatorio de los objetivos generales que se han de perseguir en la esfera de las infraestructuras con financiación privada, posiblemente en un preámbulo o en notas explicativas de las disposiciones legales modelo cuya preparación el Grupo de Trabajo pudiera decidir.

Potestad requerida para otorgar concesiones

92. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

Recomendación 2

> "La ley debe indicar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, cuando corresponda, las autoridades nacionales, provinciales y locales) que estén facultadas para adjudicar concesiones y celebrar contratos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada."

Recomendación 3

> "Los proyectos de infraestructura con financiación privada podrán conllevar concesiones para la construcción y explotación de obras o sistemas de infraestructura nuevos, o para el mantenimiento, la modernización, la ampliación y la explotación de las obras y sistemas de infraestructura ya existentes."

Recomendación 4

> "La ley debe determinar los sectores o tipos de infraestructura respecto de los que podrán adjudicarse concesiones."

Recomendación 5

> "La ley debe determinar si una concesión podrá abarcar toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante, una subdivisión geográfica de la misma o un proyecto concreto, y si podrá adjudicarse a título exclusivo o no, según corresponda, de conformidad con las normas y principios de derecho, disposiciones legales, reglamentos y políticas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse a las autoridades contratantes para obrar de consuno al adjudicar concesiones que sean de la competencia de más de una autoridad."

93. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones 2 a 5, sobre la potestad requerida para otorgar concesiones, en su conjunto. Como observación general, se recordó que todas esas recomendaciones servían para recomendar claridad legislativa tanto sobre la indicación de las autoridades facultadas para adjudicar contratos de concesión como sobre el ámbito de esas facultades. En consecuencia, se expresó apoyo a la opinión de que todos los aspectos abordados en las recomendaciones 2 a 5 podrían quedar recogidos y abordados en una disposición legal modelo única.

94. En lo referente a la técnica que debería aplicarse para indicar las autoridades competentes, se sugirió que podrían proponerse soluciones alternativas, posiblemente de conformidad con las opciones presentadas en el apartado b) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se aclaró, no obstante, que proporcionar una lista exhaustiva de los distintos órganos u organismos competentes tal vez obligaría a que la ley especificara también los sectores respecto de los cuales estaban facultados esos órganos u organismos. Sin perjuicio de la solución que se diera a esa cuestión, el Grupo de Trabajo convino en que las disposiciones legales modelo tuvieran un ámbito general y no se limitaran a sectores concretos. A ese respecto, se opinó también que podría retenerse con provecho una definición general referente a los tipos de proyectos de infraestructura que correspondían al ámbito de esas disposiciones de conformidad con lo expuesto en la recomendación 3.

95. Se expresó apoyo a la opinión de que, con miras a garantizar la coordinación, se abordara expresamente en una disposición legal modelo la cuestión de la posible duplicación de competencias y autoridades respecto de proyectos de infraestructura con financiación privada, dependiendo del marco legal y estructural del Estado promulgante o de la índole del servicio de que se trate.

96. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una disposición legal modelo en la que se abordara esa cuestión, sin entrar no obstante en demasiados detalles que complicaran innecesariamente el texto. A ese respecto, se aclaró que se debería dejar al legislador nacional la tarea de dar a conocer en detalle el marco legal y estructural del Estado promulgante.

Coordinación administrativa

Recomendación 6

97. El texto de la recomendación dice:

> "Deben crearse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder toda aprobación, licencia, autorización o permiso que sea requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto."

98. Si bien se recordó que esta recomendación se consideró decisiva para evitar demoras e ineficiencias por falta de coordinación entre las distintas autoridades públicas, se pensó que la cuestión tal vez no se prestara a ser resuelta por vía legal. Al respecto, se observó que muchos países consideraban que esta cuestión de la coordinación debería ser resuelta a nivel de la práctica administrativa interna.

99. Se expresó el parecer de que la cuestión de la coordinación entre las autoridades era decisiva para asegurar la sostenibilidad a largo plazo de los proyectos de infraestructura y de que, conforme a ello, se debía reflejar en una disposición legal. Se expresó cierto apoyo a la sugerencia de que en el preámbulo o en las notas de las disposiciones legales modelo se mantuviera la política en que se basaba la recomendación, como cuestión de carácter general. Otra sugerencia fue que la cuestión de la coordinación se abordara al ser tratada la cuestión de la potestad requerida.

100. Como observación general, el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de determinar la forma de reflejar principios que, aunque importantes, no se considerara apropiado abordar en las disposiciones legislativas modelo se aplazara hasta una etapa posterior.

Potestad para reglamentar los servicios de infraestructura

101. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

Recomendación 7

> "La función reglamentadora de los servicios de infraestructura no debe encomendarse a entidades que presten de manera directa o indirecta servicios de infraestructura."

Recomendación 8

> "La función reglamentadora debe encomendarse a órganos funcionalmente independientes con suficiente autonomía para garantizar que sus decisiones serán adoptadas sin injerencias políticas ni presiones indebidas de las empresas explotadoras de infraestructuras o proveedoras de servicios públicos."

Recomendación 9

> "Deben publicarse las normas por las que se rija el proceso regulatorio. Toda decisión reguladora deberá ser expresamente motivada y deberá ser puesta al alcance de las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios."

Recomendación 10

> "La ley debe establecer procedimientos transparentes por los que el concesionario pueda solicitar la reconsideración de una decisión regulatoria por un órgano independiente e imparcial, e incluso por la vía judicial, y enunciar los motivos en los que podrá basarse un recurso de reconsideración."

Recomendación 11

> "Deben establecerse, en su caso, procedimientos especiales para la solución de controversias entre los proveedores de servicios públicos acerca de presuntas violaciones de las leyes o reglamentos que rijan el sector de que se trate."

102. La opinión general fue la de que no procedía convertir las recomendaciones 7 a 11 en disposiciones legales modelo y que, conforme a ello, la función reglamentadora de los servicios de infraestructura debía permanecer fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo.

Al respecto, se señaló que algunas cuestiones relativas a la función reglamentadora podían abordarse provechosamente en el contexto de otros capítulos, como aquellos en que se abordan la etapa de explotación o la solución de controversias.

Capítulo II. Riesgos del proyecto y respaldo público

Los riesgos del proyecto y su distribución

Recomendación 12

103. El texto de la recomendación dice:

> "No debe imponerse, por vía legal o reglamentaria, ninguna limitación innecesaria a la capacidad de la autoridad contratante para convenir con la otra parte en una distribución de los riesgos que sea la que mejor responda a las necesidades del proyecto."

104. Si bien reafirmó su importancia a los efectos de sensibilizar a los legisladores respecto de las repercusiones de sus opciones de política en la esfera de los proyectos de infraestructura con financiación privada, el Grupo de Trabajo convino en que la recomendación tenía un carácter más educativo que prescriptivo y por lo tanto no correspondía convertirla en una disposición legal modelo.

Respaldo público

Recomendación 13

105. El texto de la recomendación dice:

> "La ley debe indicar con claridad las autoridades públicas del país anfitrión que podrán prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada así como los tipos de apoyo que se les autoriza a prestar."

106. Se expresó la opinión de que la recomendación guardaba relación con la cuestión general de la potestad requerida para otorgar concesiones. Conforme a ello, se sugirió que su contenido se incorporara en las disposiciones legales modelo relacionadas con las recomendaciones legislativas 2 a 5. Aunque esa opinión recibió cierto apoyo, se expresó la inquietud de que mencionar el respaldo público, ya sea financiero o económico, en una disposición legal modelo equivaldría a recomendar que se prestara dicho respaldo, resultado que se consideraba inadecuado en el caso de poderes públicos cuya política fuera no otorgar ningún apoyo a los proyectos de infraestructura con financiación privada. A modo de respuesta, se observó que la finalidad de una disposición que reflejara el contenido de la recomendación 13 no sería recomendar la política de prestar respaldo público a estos proyectos, sino más bien la de obrar en aras de una mayor transparencia en aquellos países que hubieran adoptado oficialmente esta política.

107. Con respecto a la última parte de la recomendación, que sugiere que se indiquen con claridad en la legislación los tipos de respaldo que puede prestar el sector público, se expresó el temor de que incorporarla a una disposición legal modelo pudiera reducir innecesariamente la flexibilidad de las negociaciones. Otra inquietud fue que la labor de preparar una lista exhaustiva tal vez resultara difícil, por la diversidad de formas que dicho apoyo podía adoptar.

108. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que plasmara en una disposición legal modelo el contenido de esta recomendación, colocándola tal vez entre corchetes, con miras a señalar a la atención del Grupo la necesidad de volver a examinar la cuestión en una etapa ulterior.

Capítulo IV. Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto

Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto

Recomendación 40

109. El texto de la recomendación dice:

> "La ley podría indicar las cláusulas básicas que deben figurar en todo acuerdo de proyecto, que podrían ser las mencionadas en las recomendaciones 41 a 68 *infra*."

110. El Grupo de Trabajo observó que, como se señala en la Guía Legislativa (cap. IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto", párr. 2), la legislación interna solía contener disposiciones que regulaban el contenido del acuerdo de proyecto. En algunos países, la ley se refería meramente a la necesidad de que hubiera un acuerdo entre el concesionario y la autoridad contratante, mientras que las leyes de otros países regulaban, en extensas disposiciones de rango imperativo, el contenido de las cláusulas que habían de figurar en el acuerdo. El caso intermedio era el de las leyes en que se enumeraban varias cuestiones que debían abordarse en el acuerdo de proyecto sin reglamentar en detalle el contenido de sus cláusulas.

111. El Grupo de Trabajo era consciente de que cabía establecer, mediante disposiciones legales de carácter general sobre algunos elementos fundamentales del acuerdo de proyecto, un marco general para la determinación de los derechos y obligaciones de las partes. Con ellas se podía también cumplir la finalidad de asegurar la coherencia en el tratamiento de algunas cuestiones contractuales y dar orientación a las autoridades públicas que se ocuparan de la negociación de acuerdos de proyecto a distintos niveles (nacional, provincial o local). Por último, en ocasiones podía requerirse legislación que facultara a la autoridad contratante para concertar cierto tipo de cláusulas.

112. Sin embargo, a juicio del Grupo de Trabajo, unas disposiciones legales generales que regularan en detalle los derechos y obligaciones de las partes podrían privar a la autoridad contratante y al concesionario de la flexibilidad necesaria para negociar un acuerdo que tuviera en cuenta las necesidades y las características propias de un determinado proyecto.

113. Teniendo presentes todas estas consideraciones, el Grupo de Trabajo mantuvo un extenso intercambio de opiniones respecto de si sería conveniente formular una disposición legal modelo en que se enumeraran las cuestiones esenciales que debían regularse en el acuerdo de proyecto. A este respecto, se propuso que esa enumeración se basara en los epígrafes que precedían a las recomendaciones 41 a 68, con algunos ajustes cuando se considerara que esos epígrafes no eran lo bastante explícitos sobre la cuestión que se debía regular en el acuerdo de proyecto. Se recordaron también al Grupo de Trabajo los posibles inconvenientes de tal enumeración de cláusulas esenciales. Por ejemplo, se dijo que con ella se plantearía la cuestión de si las partes estarían facultadas para no incluir en el acuerdo alguna de las cuestiones enumeradas o de si podían incluir otras que no figurasen en la lista. Otro inconveniente podría ser la incertidumbre respecto de las consecuencias jurídicas de que las partes no se atuvieran a la lista de cláusulas enunciada en la legislación.

114. Tras examinar las diversas opiniones expresadas, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil formular una disposición legal modelo en que se enumeraran las cuestiones básicas que se debía abordar en el acuerdo de proyecto. Se pidió a la Secretaría que preparara un anteproyecto de esa disposición modelo, basado en los epígrafes que precedían a las recomendaciones 41 a 68, con los ajustes que se requirieran para formular con claridad, pero sin detalles innecesarios, las diversas cuestiones que debían reglamentarse en los acuerdos de proyecto.

115. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la observación de que, además de la lista de cláusulas básicas del acuerdo de proyecto, algunas de las cuestiones abordadas en las recomendaciones 41 a 68 guardaban relación con asuntos que merecían regularse por separado en disposiciones legales modelo a tal efecto. Se dijo que tal era el caso, en particular, de las recomendaciones relativas a cuestiones para las que se requiriera autorización legislativa previa, de las que pudieran afectar los intereses de terceros, o de las disposiciones relacionadas con cuestiones normativas básicas que en algunos ordenamientos jurídicos no podían modificarse mediante acuerdo.

116. Aunque en principio esta propuesta no suscitó objeciones, el Grupo de Trabajo decidió volver a estudiarla una vez concluido el examen de las recomendaciones legislativas 41 a 68 (véanse párrs. 118 a 164, *infra*).

Recomendación 41

117. El texto de la recomendación dice:

> "Salvo disposición en contrario, el acuerdo de proyecto se regirá por la ley del país anfitrión."

118. Respondiendo a una pregunta sobre el significado de las primeras palabras de la recomendación, se señaló que la cuestión de la ley que había de regir el acuerdo de proyecto había sido objeto de amplios debates durante el 32º período de sesiones de la Comisión. El enunciado flexible que finalmente acordó la Comisión tenía por objeto reflejar el hecho de que en algunos ordenamientos jurídicos las disposiciones que permitían la aplicación de una ley distinta de la ley del país anfitrión sólo podían emanar del poder legislativo, mientras que en otros ordenamientos jurídicos la autoridad contratante podía estar facultada para convenir en la ley aplicable a dicho acuerdo.

119. Se señaló que, además de regular si el acuerdo había de regirse por la legislación nacional o por la extranjera, la recomendación planteaba la cuestión de qué rama del derecho del país anfitrión regiría el acuerdo de proyecto (por ejemplo, el derecho administrativo o el derecho contractual en general). Se señaló que esta cuestión tenía repercusiones prácticas importantes, porque el derecho administrativo de algunos ordenamientos jurídicos confería implícita o explícitamente a los organismos públicos ciertas prerrogativas, como la de rescindir unilateralmente un contrato administrativo o de modificar sus cláusulas.

120. Se sugirió que la recomendación legislativa 41 no se prestaba a ser plasmada en una disposición legal modelo autónoma. Se dijo que, como máximo, el Grupo de Trabajo podría, en su momento, considerar la inclusión de una rúbrica como "ley aplicable", en una lista de cláusulas contractuales básicas de un acuerdo de proyecto que cabría preparar para plasmar en ella la recomendación 40.

121. En sentido contrario se dijo, no obstante, que la recomendación 41 era importante por constituir una salvaguarda de la soberanía de todo Estado anfitrión. Aun cuando en la práctica, los inversionistas, especialmente si son extranjeros, abrigarán sin duda inquietudes respecto de la estabilidad y predecibilidad global del marco legal del país anfitrión para la inversión privada en infraestructuras, el texto de las disposiciones legales modelo debe reconocer como es debido el esfuerzo efectuado en muchos países, muchos de ellos en desarrollo, por mejorar el entorno legal de las inversiones. El Grupo de Trabajo aceptó esta sugerencia y pidió a la Secretaría que preparara una disposición legal modelo que reflejara el contenido de la recomendación 41.

Organización del concesionario

122. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

Recomendación 42

> "La autoridad contratante deberá poder exigir que los ofertantes seleccionados creen una persona jurídica independiente con sede en el país."

Recomendación 43

> "El acuerdo de proyecto deberá especificar el capital mínimo de la sociedad del proyecto, así como el procedimiento a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos."

123. Se observó que en ocasiones la autoridad contratante exigía, como condición previa para la concertación del acuerdo, un nivel mínimo de capital. Se sugirió que, en vista de la relación existente entre las recomendaciones 42 y 43 y el derecho interno aplicable al acuerdo de proyecto, esas recomendaciones se plasmaran en disposiciones legales modelo.

Emplazamiento, bienes y servidumbres del proyecto

Recomendación 44

124. El texto de la recomendación dice:

> "En el acuerdo de proyecto se debe especificar, según proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. Deberá indicarse también los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad

contratante o a un nuevo concesionario al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto, los bienes que la autoridad contratante podrá comprar al concesionario, si así lo desea, y los bienes que el concesionario podrá llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto."

125. Se subrayó que la distinción que se hacía en la recomendación 44 entre las diversas categorías de bienes del proyecto reflejaba principios de derecho muy arraigados en algunos ordenamientos jurídicos. Por consiguiente, se consideró que la recomendación se prestaba a ser plasmada en una disposición legal modelo.

Recomendación 45

126. El texto de la recomendación dice:

"La autoridad contratante deberá ayudar al concesionario a adquirir todo derecho accesorio al proyecto que sea requerido para la explotación, la construcción y el mantenimiento de las obras. Cabe facultar por ley al concesionario para entrar o transitar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura."

127. Recibió un gran apoyo la idea de que las cuestiones reguladas en la recomendación 45 debían plasmarse en disposiciones legales modelo, ya que trataban de derechos y obligaciones de terceros.

Arreglos financieros

128. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

Recomendación 46

"La ley deberá facultar al concesionario para cobrar una tarifa o derechos de usuario por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto."

Recomendación 47

"Cuando la tarifa o los derechos cobrados por el concesionario estén sujetos al control de un organismo regulador, la ley deberá prever un mecanismo de revisión periódica y extraordinaria de las fórmulas de ajuste de la tarifa."

Recomendación 48

"Debe facultarse a la autoridad contratante para efectuar, si procede, pagos directos al concesionario, en sustitución o como complemento de las sumas cobradas por sus servicios prestados a los usuarios, o para comprometerse a adquirir cantidades previamente determinadas de bienes o servicios."

129. Se expresó la opinión de que las recomendaciones 46, 47 y 48 deberían ser objeto de disposiciones legales modelo, ya que la cuestión del cobro tanto de alguna tarifa como de todo otro pago prometido al concesionario era crucial para la viabilidad financiera del proyecto y para la noción misma del acuerdo de concesión, por lo que debía regularse por ley y no por vía contractual. Tras examinar esta sugerencia, el Grupo de Trabajo decidió que una eventual disposición legal modelo que tratara de los arreglos financieros debería limitarse a enunciar el derecho del concesionario a cobrar ciertas tasas o derechos por la utilización de la infraestructura, tal como se dispone en la primera frase de la recomendación 46.

Garantías reales

Recomendación 49

130. El texto de la recomendación dice:

"El concesionario deberá encargarse de recaudar los fondos necesarios para construir y explotar la infraestructura y, con este fin, deberá estar autorizado a obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, sobre las acciones de la sociedad del proyecto, sobre su producto o sobre los créditos reportados por la explotación de la concesión, o mediante cualquier otra garantía idónea, sin

perjuicio de norma jurídica alguna por la que se prohíba la creación de garantías sobre bienes públicos."

131. El Grupo de Trabajo reconoció que el hecho de que el concesionario tuviera la posibilidad de obtener el crédito necesario dando en garantía sus bienes (e incluso, según el caso, las acciones de la sociedad del proyecto, o el producto o los ingresos reportados por la concesión) era muchas veces crucial para el éxito del proyecto. Si bien se llegó a un consenso sobre la importancia de la cuestión, se recordó también que esta cuestión era particularmente delicada, debido a las limitaciones que imponía el derecho interno de algunos países a la constitución de garantías o de otros gravámenes sobre bienes públicos. Se señaló asimismo que la constitución de garantías reales era una cuestión que ya no dependía del régimen de las concesiones sino del régimen legal general de las garantías reales.

132. Si bien el Grupo de Trabajo era consciente de la dificultad de formular una disposición legal modelo que regulara adecuadamente las diversas cuestiones que plantean las garantías reales, se estimó en general que sería conveniente formular una disposición legal modelo sobre esta cuestión.

Traspaso de la concesión

Recomendación 50

133. El texto de la recomendación dice:

> "La concesión no debe cederse a un tercero sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante podrá dar su consentimiento al traspaso de una concesión, incluida la aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto, así como pruebas de la capacidad técnica y financiera del nuevo concesionario para prestar el servicio."

134. Se señaló que la recomendación 50 reflejaba la importancia que se daba en algunos ordenamientos jurídicos al carácter personal (*intuitu personae*) de los contratos de concesión, lo cual era crucial para que el proyecto resultara duradero. En consecuencia, el Grupo de Trabajo estimó que los principios esenciales plasmados en la recomendación merecían ser objeto de una disposición legal modelo.

Traspaso de una participación mayoritaria en el capital de la sociedad del proyecto

Recomendación 51

135. El texto de la recomendación dice:

> "La transmisión de una participación mayoritaria en una empresa concesionaria podrá estar supeditada al consentimiento de la autoridad contratante, salvo estipulación en contrario."

136. Se puso de relieve que la recomendación 51, al igual que la recomendación 50, era crucial para preservar el carácter personal del acuerdo de proyecto y que, por consiguiente, debía ser también plasmada en una disposición legal modelo.

Obras de construcción

Recomendación 52

137. El texto de la recomendación dice:

> "En el acuerdo de proyecto deben enunciarse los procedimientos para que la autoridad contratante examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción, así como el derecho de la autoridad contratante a supervisar la construcción de las instalaciones de infraestructura o sus mejoras, las condiciones en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen especificaciones de la construcción y los procedimientos para el ensayo y la inspección final y proceder a la aprobación y la aceptación de la infraestructura, su equipo y sus accesorios."

138. El Grupo de Trabajo compartió la opinión de que la recomendación se refería a cuestiones de carácter esencialmente contractual, por lo que no procedía formular una disposición legal modelo al respecto.

Explotación de la infraestructura

Recomendación 53

139. El texto de la recomendación dice:

> "El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:
>
> a) La adaptabilidad del servicio para responder a la demanda real de dicho servicio;
>
> b) La continuidad del servicio;
>
> c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios;
>
> d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario."

140. Se señaló que esta recomendación enunciaba ciertos principios básicos de derecho interno que regían las obligaciones de los concesionarios de infraestructura en algunos ordenamientos, por lo que convendría plasmarla en una disposición legal modelo.

Recomendación 54

141. El texto de la recomendación dice:

> "El acuerdo de proyecto debe establecer:
>
> a) La medida en que el concesionario estará obligado a facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación;
>
> b) Los procedimientos para supervisar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante o el organismo regulador considere apropiadas para garantizar que la obra de infraestructura funciona debidamente y que se están prestando los servicios conforme a las disposiciones legales y contractuales aplicables."

142. El Grupo de Trabajo compartió la opinión de que la recomendación se refería a cuestiones de índole esencialmente contractual, por lo que no procedía plasmarla en una disposición legal modelo.

Recomendación 55

143. El texto de la recomendación dice:

> "A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento funcional de la infraestructura."

144. El Grupo de Trabajo no juzgó conveniente o necesario formular un proyecto de disposición legal modelo sobre la base de la recomendación 55.

Marco contractual general

145. El texto de las recomendaciones al respecto dice:

Recomendación 56

> "La autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos principales concertados por el concesionario, en particular los contratos celebrados con los propios accionistas del concesionario o con personas conexas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo cuando los contratos contengan disposiciones que no se ajusten al acuerdo de proyecto o que sean manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público."

Recomendación 57

> "El concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otras partes contratantes deben gozar de autonomía para elegir la ley aplicable a sus relaciones contractuales, salvo cuando dicha elección sea contraria al orden público del país anfitrión."

146. El Grupo de Trabajo opinó que las recomendaciones 56 y 57 se referían a cuestiones de índole esencialmente contractual, por lo que no procedía plasmarlas en una disposición legal modelo.

Recomendación 58

147. El texto de la recomendación dice:

"El acuerdo de proyecto debe determinar:

a) La forma, la duración y la cuantía de las garantías de buena ejecución que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de la infraestructura;

b) Las pólizas de seguros que podrá requerirse que suscriba el concesionario;

c) La compensación a la que pueda tener derecho el concesionario si se producen cambios legislativos o de otra índole en las condiciones económicas o financieras que hagan sustancialmente más oneroso el cumplimiento de la obligación. En el acuerdo de proyecto se establecerá la vía a seguir para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;

d) La medida en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el acuerdo de proyecto debido a circunstancias que estén razonablemente fuera de su control;

e) Los remedios de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte."

148. Se señaló que el apartado c) reflejaba principios básicos de derecho interno sobre la explotación de infraestructuras en algunos países, por lo que procedía plasmarlo en una disposición legal modelo. No obstante, en cuanto a los demás apartados de la recomendación, el Grupo de Trabajo estimó que se referían a cuestiones de índole esencialmente contractual, por lo que no procedía plasmarlos en una disposición legal modelo.

Recomendación 59

149. El texto de la recomendación dice:

"El acuerdo de proyecto deberá enunciar las circunstancias en que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de la infraestructura a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario."

150. Se señaló que la recomendación reflejaba principios básicos de derecho interno sobre la explotación de la infraestructura en algunos países, por lo que procedía plasmarla en una disposición legal modelo.

Recomendación 60

151. El texto de la recomendación dice:

"La autoridad contratante deberá estar facultada para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario en el marco del acuerdo de proyecto existente si el concesionario incumple gravemente la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros hechos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto."

152. Se señaló que la recomendación contenía indicaciones útiles para facilitar la financiación de proyectos de infraestructura, por lo que procedía plasmarla en una disposición legal modelo.

Capítulo V. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto

Duración y prórroga del acuerdo de proyecto

Recomendación 61

153. El texto de la recomendación dice:

"En el acuerdo de proyecto deberá especificarse la duración de la concesión."

154. El Grupo de Trabajo opinó que sí procedía plasmar en una disposición legal modelo la recomendación 61.

Recomendación 62

155. El texto de la recomendación dice:

"El plazo de la concesión no debe prorrogarse salvo en supuestos que la ley haya previsto, como los siguientes:

a) Demoras en la ejecución o interrupción de la explotación debido a circunstancias que escapen del control razonable de las partes;

b) Suspensión del proyecto a consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;

c) A fin de dar margen para que el concesionario amortice gastos adicionales ocasionados por peticiones de la autoridad contratante inicialmente no previstas en el acuerdo de proyecto y que el concesionario no conseguiría amortizar en el plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto."

156. El Grupo de Trabajo opinó que, habida cuenta del importante principio enunciado para garantizar la transparencia y evitar abusos en la prórroga de los acuerdos de proyecto, procedía plasmar esta recomendación en una disposición legal modelo.

Rescisión del acuerdo de proyecto

157. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

Rescisión por la autoridad contratante

Recomendación 63

"Debe facultarse a la autoridad contratante para rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

b) Por razones de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario."

Rescisión por el concesionario

Recomendación 64

"Debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos excepcionales que la ley haya previsto, como los siguientes:

a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública de las obligaciones contraías en el acuerdo de proyecto;

b) En caso de agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario a raíz de modificaciones o de otros actos ordenados por la autoridad contratante o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto."

Rescisión por cualquiera de las partes

Recomendación 65

"Cualquiera de las partes deberá poder rescindir el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también deben poder rescindir el acuerdo de proyecto si lo deciden de común acuerdo."

158. El Grupo de Trabajo estimó que convendría plasmar en disposiciones legales modelo las recomendaciones 63 a 65.

Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto

Traspaso de bienes a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario

Recomendación 66

159. El texto de la recomendación dice:

"El acuerdo de proyecto deberá enunciar los criterios para fijar la indemnización que pueda corresponder al concesionario por los bienes traspasados a la autoridad contratante o

a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante tras la expiración o la rescisión del acuerdo de proyecto."

160. El Grupo de Trabajo opinó que la recomendación trataba de asuntos de índole esencialmente contractual, por lo que no procedía preparar una disposición legal modelo al respecto.

Arreglos financieros tras la rescisión

Recomendación 67

161. El texto de la recomendación dice:

"El acuerdo de proyecto deberá establecer la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse el acuerdo de proyecto, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto, así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante."

162. Se sugirió que, habida cuenta de que la recomendación recogía consejos útiles para facilitar la financiación de proyectos de infraestructura, sería conveniente plasmarla en una disposición legal modelo. Se dijo que, al elaborar una disposición legal modelo, el Grupo de Trabajo debería tener en cuenta la relación que guardaba la recomendación 67 con el apartado c) de la recomendación 58.

Liquidación y medidas de transición

Recomendación 68

163. El texto de la recomendación dice:

"En el acuerdo de proyecto deberán establecerse, cuando sea del caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

a) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;

b) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura;

c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de explotación y mantenimiento de la infraestructura y, de ser necesario, el suministro de repuestos, durante un período de tiempo razonable a partir de su traspaso a la autoridad contratante o al concesionario sucesor."

164. Se sugirió que, habida cuenta de que la recomendación 68 trataba de medidas complementarias de importancia particular para los países en desarrollo, convendría plasmarla en una disposición legal modelo.

Capítulo VI. Solución de controversias

Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

Recomendación 69

165. El texto de la recomendación dice:

"La autoridad contratante deberá poder convenir en la vía para la solución de las controversias que las partes consideren más apropiada para las necesidades del proyecto, incluido el arbitraje."

166. Se opinó en general que convendría incorporar a las disposiciones legales modelo el principio enunciado en la recomendación 69, por el que se facultaba a la autoridad contratante para convenir en las vías de solución de controversias que las partes consideraran más apropiadas para las necesidades concretas del proyecto (incluida, sin restricción alguna, la del arbitraje). Se señaló que si se sancionaba por ley esa facultad, se estaría marcando una pauta muy clara no sólo para los países en donde existieran prohibiciones explícitas (posiblemente derivadas del objeto de la disputa o de la índole pública de la autoridad contratante), sino también para los ordenamientos que carecieran de una habilitación legal clara y cuyos tribunales judiciales o administrativos pudieran obstaculizar el recurso a toda vía de origen contractual para la solución de controversias.

167. Se sugirió a ese respecto que tal vez procediera recurrir a una vía distinta en cada etapa de un proyecto de infraestructura. Se precisó que una vía adecuada para la etapa de licitación, en que las partes aún no habían celebrado un acuerdo, podría no ser apropiada para las controversias que surgieran después de la adjudicación del contrato y

la celebración del acuerdo de proyecto. Por ello mismo, tal vez procediera disponer de mecanismos específicos para las diversas etapas de ejecución del proyecto.

168. No obstante, la opinión que predominó fue que no convenía hacer esas distinciones en la disposición legal modelo en que se recogiera el fondo de la recomendación 69. Se aclaró al respecto que esa recomendación era de índole general y no pretendía sugerir ninguna vía concreta de solución de controversias.

169. Se formuló una pregunta respecto de la relación entre la recomendación 69 y la recomendación 10, por la que se facultaba al concesionario para solicitar la reconsideración de una decisión regulatoria por un órgano independiente e imparcial. En respuesta, se explicó que en la recomendación 10 se preveían principalmente situaciones en que la ley disponga que las empresas de servicios públicos podrán presentar sus reclamaciones ante una entidad que no sea la autoridad contratante, como un organismo regulador u otro órgano público, mientras que la recomendación 69 se refería únicamente a las controversias surgidas entre el concesionario y la autoridad contratante.

170. Si bien reconoció la importancia de señalar a la atención del legislador del país anfitrión la necesidad de prever vías de solución de controversias para las disputas surgidas en los supuestos previstos en la recomendación 10, el Grupo de Trabajo convino en que tratar de convertir la recomendación 10 en disposiciones legales modelo podría resultar difícil ante la diversidad de vías que habrían de tenerse en cuenta. Por consiguiente, decidió que no convenía redactar una disposición legal modelo. No obstante, sería apropiado referirse, tal vez en una nota que acompañara a las disposiciones legales modelo, a la importancia de los procedimientos de reconsideración de una decisión reguladora a fin de velar por la transparencia, uno de los objetivos enunciados en la recomendación.

Controversias entre los promotores del proyecto y entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores

Recomendación 70

171. El texto de la recomendación dice:

> "El concesionario y los promotores del proyecto deberán poder elegir la vía más apropiada para la solución de las controversias comerciales entre los promotores del proyecto o entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales."

172. Se observó que en la recomendación 70 se enunciaba oportunamente un aspecto concreto del principio general de la autonomía contractual enunciado en la recomendación 57. Por ello, se convino en que procedía plasmar esa recomendación en una disposición legal modelo, con la finalidad de eliminar los obstáculos jurídicos existentes o de neutralizar toda práctica en contrario de las autoridades judiciales o administrativas.

Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura

Recomendación 71

173. El texto de la recomendación dice:

> "Se podrá exigir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura."

174. Se señaló que la recomendación 71 no se refería a controversias importantes entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la infraestructura, sino a reclamaciones o desavenencias de menor cuantía. Dada la diversidad de vías que cabía abrir y el carácter más práctico que legislativo de la cuestión, el Grupo de Trabajo convino en que no procedía plasmar esa recomendación en una disposición legal modelo.

C. Relación entre el proyecto de disposiciones legales modelo y la Guía Legislativa

175. Tras terminar su examen de las recomendaciones legislativas contenidas en la Guía Legislativa, el Grupo de Trabajo pasó a examinar la relación entre las disposiciones legales modelo y la Guía.

176. A modo de observación general, se señaló que las disposiciones legales modelo, de conformidad con el mandato asignado al Grupo de Trabajo por la Comisión, habían de convertirse en una adición a la Guía Legislativa, pero que no se preveía que reemplazaran a las recomendaciones contenidas en ella.

177. Al respecto, se señaló que se debía formular con claridad, tal vez en el preámbulo o en las notas explicativas, la necesidad de que el legislador tuviera en cuenta la totalidad del contenido de la Guía Legislativa, estuviera o no expresamente reflejado en las disposiciones legales modelo. A modo de opinión general, se reafirmó que se debía conservar la Guía como un instrumento valioso, por lo que, las disposiciones legales modelo se debían considerar como más destinadas a complementarla que a reemplazarla. En cuanto a la manera de lograr ese resultado, se formularon varias sugerencias, incluida la de establecer un nexo entre los dos textos mediante la inserción de notas de pie de página, la de hacer remisión a los capítulos pertinentes de la Guía, o la de redactar un prólogo en el que se pusiera de relieve la relación entre las recomendaciones y las notas de la Guía Legislativa.

178. Otra propuesta se refirió a la reproducción del texto de las recomendaciones legislativas pertinentes junto al de cada disposición legal modelo. Aunque esta sugerencia recibió cierto apoyo, se expresó la inquietud de que podía causar confusión en cuanto a la naturaleza y la jerarquía respectiva de las disposiciones, especialmente en los casos en que sólo hubiera diferencias menores de redacción. Otra inquietud fue que esta técnica podría restar visibilidad y, en último término, utilidad, a las disposiciones legales modelo.

179. Tras un debate, se expresó la opinión general de que sería prematuro adoptar una decisión definitiva al respecto. Conforme a ello, el Grupo de Trabajo decidió que sería conveniente volver a examinar la cuestión en una etapa posterior, teniendo presentes al mismo tiempo todas esas diferentes sugerencias.

180. Se discutió en particular la relación existente entre las disposiciones legales modelo relativas a la selección del concesionario y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se sugirió a ese respecto: a) que se expusiera claramente en el preámbulo o en las notas explicativas de las disposiciones legales modelo que el procedimiento previsto para esa selección era distinto que el método previsto para la licitación, y b) que se efectuaran remisiones más directas a disposiciones concretas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en las notas incorporadas al pie de página o en otros lugares.

III. DERECHO DE LA INSOLVENCIA

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 24º período de sesiones (Nueva York, 23 de julio a 3 de agosto de 2001) (A/CN.9/504 y Corr.1) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-16	320
II.	Deliberaciones y decisiones	17-18	323
III.	Examen del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	19-155	323
	A. Observaciones generales	19	323
	B. Objetivos fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia	20	324
	C. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia	21-155	325
	1. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización	21-22	325
	2. Solicitud y apertura de procedimientos de insolvencia	23-44	325
	3. Consecuencias de la apertura del procedimiento de insolvencia	45-89	331
	4. Administración de los procedimientos	90-143	341
	5. Liquidación y distribución	144-155	355
IV.	Otros posibles procesos oficiosos de insolvencia	156-161	357

I. Introducción

1. En su 33º período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en el informe del período de sesiones de sondeo que celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999 (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo de Trabajo la preparación de una descripción general de los objetivos fundamentales y las características básicas de un régimen bien estructurado en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, incluso un procedimiento de reorganización de empresas insolventes por vía extrajudicial, y de una guía legislativa con soluciones flexibles para la aplicación efectiva de esos objetivos y características, que incluyera un examen de las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes.

2. En ese período de sesiones, la Comisión también recomendó que al realizar su tarea el Grupo de Trabajo había de tener presente la labor en curso o ya realizada de otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados. Se tomó nota de que, a fin de conocer las opiniones y beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la secretaría de la CNUDMI, en colaboración con INSOL International y la Asociación Internacional de Abogados, que se habían ofrecido para ello, organizaría un coloquio antes del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo[1].

3. El coloquio se celebró en Viena del 4 al 6 de diciembre de 2000. Estuvo copatrocinado por INSOL International, que colaboró en su organización conjuntamente con la Asociación Internacional de Abogados. Tuvo por objeto determinar y analizar las necesidades de los países que estuvieran emprendiendo un proceso de reforma de su legislación sobre insolvencia y determinar la manera en que la Comisión y otras organizaciones podían contribuir a ese proceso de reforma.

4. Los participantes en el Coloquio se pronunciaron mayoritariamente a favor de que la Comisión emprendiera una labor sobre los elementos clave de un régimen eficaz de la insolvencia (véase el informe del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados, documento A/CN.9/495, párr. 34). Recomendaron encarecidamente que se dejara un margen de unos 6 meses para la preparación cuidadosa de los documentos que había de examinar el Grupo de Trabajo. Se observó asimismo que la Comisión había pedido al Grupo de Trabajo que tuviera presente la labor que estaban realizando o habían realizado otras organizaciones internacionales e iniciara sus trabajos una vez que hubiese recibido los informes que preparaban en esos momentos otras organizaciones, entre ellas el Banco Mundial.

5. En su 34º período de sesiones, en 2001, la Comisión tomó nota con satisfacción del informe del Coloquio (A/CN.9/495) y encomió la labor realizada hasta ese momento, particularmente con respecto a la celebración del Coloquio y a

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 408.

los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en la esfera del derecho de insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía adoptar la labor futura y con la interpretación del mandato que había encomendado al Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones.

6. En cuanto al mandato dado al Grupo de Trabajo, la Comisión opinó en general que debía interpretarse en sentido amplio a fin de que el Grupo pudiera elaborar proyectos de trabajo que reflejaran los elementos que debían incluirse conforme a dicho mandato (véase el párrafo 1 *supra* y el párrafo 13 del documento A/CN.9/495). Con respecto a la posible forma de la labor futura, se reafirmó que una ley modelo sobre las características sustantivas de un régimen de la insolvencia no sería conveniente ni viable, habida cuenta de la complejidad y la variedad de las cuestiones que entrañaba el régimen de la insolvencia y de la disparidad de los criterios adoptados en los diversos ordenamientos jurídicos. La opinión generalizada fue que se debía garantizar la máxima flexibilidad posible, y al mismo tiempo la máxima utilidad. Se expresó la inquietud de que si bien una guía legislativa podía proporcionar la flexibilidad necesaria, el resultado podría llegar a ser un texto demasiado general y demasiado abstracto para proporcionar la orientación requerida. En consecuencia, se sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de desarrollar su labor en la forma más específica posible y al respecto se sugirió que debían incluirse, en la medida de lo posible, disposiciones legislativas modelo, incluso si sólo abarcaban algunas de las cuestiones que debían figurar en la guía.

7. Se expresó la opinión mayoritaria de que la labor debía revestir la forma de una guía legislativa. Se señaló que un instrumento de esa índole podría resultar muy útil no sólo para los países que no contaban con regímenes eficaces y eficientes de la insolvencia y necesitaban crear un régimen en la materia, sino también para los países que habían iniciado o iban a iniciar el proceso de modernización y revisión de su régimen. También se expresó la opinión de que al elaborar la guía, el Grupo de Trabajo debía tener presente el objetivo de promover el intercambio comercial y no sólo el de armonizar las leyes vigentes.

8. Se sugirió que las tres partes principales con arreglo a las cuales debía organizarse el material de la guía, conforme a lo esbozado en los párrafos 30 a 33 del documento A/CN.9/495, constituían un formato adecuado para los elementos esenciales y que la labor debía proseguir sobre esa base. En cuanto al contenido sustantivo de la guía, se formularon varias propuestas, entre ellas, que en la elaboración de la guía legislativa el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta una serie de principios y objetivos fundamentales como el respeto por las cuestiones de orden público; la promoción de la función de coordinación de los tribunales; el establecimiento de un régimen especial para los créditos públicos; la prioridad de la reorganización frente a la liquidación; la salvaguardia de la marcha del negocio y el empleo; la garantía del sueldo; el papel de los tribunales en materia de control del representante de la insolvencia; la igualdad de tratamiento a los acreedores; y la transparencia de los procedimientos colectivos. Se observó que esos principios no debían interpretarse como una limitación del mandato del Grupo de Trabajo, sino que sería conveniente que éste los tuviera en cuenta a modo de orientación y para evitar que la guía legislativa fuera demasiado general. Se sugirió que los bancos y

las instituciones financieras se mantuvieran al margen de la labor o que se aplicara un régimen especial a esas entidades.

9. Entre otras sugerencias que recibieron cierto apoyo figuraron la relativa a la necesidad de tener en cuenta una serie de cuestiones respecto de las cuales se habían planteado problemas en la esfera de la insolvencia internacional, como la dificultad de reunir y difundir información sobre las empresas en relación con las cuales se tramitaban procedimientos de insolvencia, la facilitación del acceso de los acreedores extranjeros para la presentación de reclamaciones, el trato equitativo de acreedores extranjeros y el tratamiento de las reclamaciones tardías, especialmente cuando fueran presentadas por acreedores extranjeros. También se observó que la falta de cuidado al adoptar decisiones sobre la concesión de créditos resultaba ser una de las causas, aunque al parecer remota, de la insolvencia. Se recordó que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ya abordaba varios de esos problemas. Se observó que si bien algunas de esas cuestiones también podrían ser pertinentes en el contexto del actual proyecto de elaboración de una guía legislativa, la intención del proyecto en curso no era introducir ningún tipo de cambios ni de enmiendas en la Ley Modelo.

10. Tras un debate, la Comisión confirmó que el mandato que había encomendado en su 33º período de sesiones al Grupo de Trabajo debía interpretarse en sentido amplio para garantizar que el resultado de su labor, que debía revestir la forma de una guía legislativa, tuviera la flexibilidad suficiente.

11. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 24º período de sesiones en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Lituania, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Sudán, Suecia, Tailandia y Uganda.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Argelia, Australia, Bangladesh, Belarús, Brunei Darussalam, Bulgaria, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Filipinas, Guinea, Nigeria, Nueva Zelandia, Perú, Portugal, República de Corea, República Democrática Popular Lao, Suiza, Turquía, Venezuela y Yugoslavia.

13. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: American Bar Association, Association of the Bar of the City of New York, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International), Groupe de Reflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (G.R.I.P.), Grupo de los 30, Inter-Pacific Bar Association, International Insolvency Institute, International Working Group on European Insolvency Law y Union Internationale des Avocats (UIA). Observadores del FMI y del Banco Mundial también asistieron al período de sesiones.

14. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para que integraran la Mesa:

Presidente: Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Vicepresidente: Paul Heath (Nueva Zelandia), elegido a título personal

Relator: Jorge Pinzón Sánchez (Colombia)

15. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) El programa provisional (A/CN.9/WG.V/WP.53);

b) Dos informes del Secretario General: "Primer proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia" (A/CN.9/WG.V/WP.54, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 y A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2);

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

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

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

II. Deliberaciones y decisiones

17. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia inició la labor de preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, en cumplimiento de las decisiones adoptadas por la Comisión en sus períodos de sesiones 33º (2000)[2] y 34º (2001)[3]. En la sección III *infra* se consignan las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo con respecto a la guía legislativa.

18. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas deliberaciones y decisiones, preparara una versión revisada de la guía para presentarla al Grupo de Trabajo en su 25º período de sesiones, que está previsto que se celebre en Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001, para que la examine y prosiga el debate correspondiente.

III. Examen del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

A. Observaciones generales

19. Al principio del actual período de sesiones, algunas organizaciones internacionales presentaron la situación de su labor sobre el régimen de la insolvencia. El Banco Mundial informó al Grupo de Trabajo de que en abril de 2001

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 400 a 409.

[3] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17, Corr.2 y 3), párrs.296 a 308.

había publicado su informe titulado *"Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems"*. A este respecto se observó que uno de los objetivos cruciales del informe era fomentar e incrementar las posibilidades de obtener crédito dando a los acreedores una mayor certeza sobre sus derechos de modo que fueran más previsibles y los acreedores pudieran evaluar con exactitud los riesgos y las consecuencias de los préstamos que otorgaran. Si bien en algunos casos podía convenir adoptar medidas que beneficiaran a su vez al deudor, se estimó que no deberían minar el régimen de la insolvencia, a menos que los objetivos de certeza y previsibilidad pudieran compatibilizarse con los derechos del deudor. Se subrayó que, con miras a aplicar el informe del Banco Mundial, se realizarían estudios nacionales para perfeccionar los mencionados Principios y adaptarlos a las necesidades concretas de los distintos ordenamientos jurídicos. Diversas organizaciones internacionales que se ocupaban del tema de la insolvencia reconocieron la necesidad de establecer mecanismos que mejoraran las posibilidades de obtención de crédito y redujeran su costo.

B. Objetivos fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia

20. El Grupo de Trabajo inició el examen del proyecto de guía legislativa contenido en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.54 y adiciones 1 y 2 analizando los objetivos fundamentales expuestos en la parte I del proyecto de guía legislativa (A/CN.9/WG.V/WP.54, párrs. 16 a 22). Se expresó la opinión de que allí se reflejaban los objetivos fundamentales necesarios para que se pudiera establecer un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia y que no era necesario añadir mucho más. Se sugirió que entre los objetivos fundamentales se determinara claramente la necesidad de que el régimen de la insolvencia estuviera afirmado en los regímenes jurídico y comercial de un país, en la inteligencia de que el régimen comercial abarcaba no sólo el derecho comercial, sino también los usos y prácticas comerciales reconocidos como partes integrales del régimen reglamentario de un país. Se sugirió también que los objetivos fundamentales se fueran desarrollando paralelamente a las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el fondo del proyecto de guía. Se señaló en particular que la oración que estaba entre paréntesis en el párrafo 19, relativa a las sanciones por no proceder a la apertura del procedimiento de insolvencia oportunamente, planteaba cuestiones de fondo que tendrían que examinarse en el contexto de la solicitud y apertura de procedimientos, tema que figuraba en la parte II del proyecto de guía. Habida cuenta de la importancia que revestía para un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia contar con disposiciones relativas a cuestiones transfronterizas, se sugirió que en las deliberaciones se tuviese en cuenta la relación entre el proyecto de guía y la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza con miras a determinar posteriormente si la Ley Modelo habría de formar parte o no del producto final de la labor.

C. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia

1. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización

21. La opinión general fue que en el proyecto de guía debían señalarse, en forma complementaria, las ventajas y desventajas de las diferentes clases de procedimientos de que se disponía a fin de lograr flexibilidad y garantizar que la elección del procedimiento en un caso dado estuviera centrada en la solución más eficiente. Se convino en que se incluyeran como opciones los procedimientos de liquidación y reorganización y en que se previeran tanto el procedimiento unitario (en que la decisión de proceder a la liquidación o a la reorganización se adoptaba con posterioridad a la solicitud de apertura, cuando se hubiese podido determinar cuál era el procedimiento más apropiado para la empresa en cuestión) como el procedimiento doble (en que la parte que entablaba el procedimiento podía escoger entre la liquidación y la reorganización).

22. Si bien se observó que uno de los objetivos fundamentales era maximizar el valor de los bienes, se señaló que había casos, que se debían mencionar en el proyecto de guía, en que ese objetivo no tendría tanto peso frente a cuestiones importantes de interés social que podrían dar lugar a la adopción de un criterio diferente. Se sugirió que en el proyecto de guía había que señalar las consecuencias de elegir un procedimiento unitario o doble en función de otros componentes del régimen de la insolvencia, no recomendar la adopción de uno u otro criterio. Por ejemplo, en un procedimiento doble, el régimen de la insolvencia debía prever la posibilidad de pasar de un procedimiento a otro y en el proyecto de guía debían indicarse las circunstancias en que esa conversión pudiera ser más pertinente, como en el procedimiento de reorganización entablado por el deudor o por los acreedores y en el procedimiento de liquidación entablado por los acreedores. Si bien se sugirió la posibilidad de determinar en el proyecto de guía qué parte podía pedir la conversión, ya fuese sobre la base de un criterio que reflejara los intereses de los acreedores o que equilibrara los intereses de todos los participantes, se expresó cierta preocupación de que ello pudiese entrañar cuestiones que incumbían al derecho interno. Si se prefería un procedimiento unitario, se sugirió la necesidad de establecer un período de evaluación protegido por una suspensión con objeto de que la entidad pudiera estabilizar su situación y determinar la manera más eficiente de abordar sus dificultades financieras.

2. Solicitud y apertura de procedimientos de insolvencia

a) Alcance

23. Se expresó preocupación con respecto a la referencia que se hacía en el párrafo 24 a la presencia de bienes como base para la apertura del procedimiento de insolvencia. Se sugirió que si bien esa vinculación podía servir de base para la apertura del procedimiento de liquidación, era demasiado endeble para la apertura del procedimiento de reorganización. También se expresó preocupación acerca de incluir en el régimen de la insolvencia a las empresas de propiedad del Estado, actuando o no con carácter de entidades comerciales.

b) Solicitud del procedimiento de insolvencia

24. El Grupo de Trabajo deliberó sobre la necesidad de establecer un equilibrio entre los incentivos para que se solicitara rápidamente el procedimiento y las sanciones para obligar a hacerlo. Se expresó la opinión de que la imposición de sanciones, como las relativas a la responsabilidad de los directores por hacer negocios pese a la insolvencia, había tenido buen resultado en varios países y había dado lugar a que aumentaran las solicitudes de reorganización. En otros países, sin embargo, si bien existían sanciones, éstas no se aplicaban sistemáticamente y, en consecuencia, no eran eficaces como medio de obligar a solicitar el procedimiento. Se sugirió que era necesario considerar cuidadosamente la necesidad de imponer sanciones a fin de evitar situaciones en que la dirección de la empresa adoptara decisiones defensivas con objeto de eludir la responsabilidad o, en el contexto de los procedimientos extrajudiciales, que la dirección tuviera que ser eximida de responsabilidad a fin de lograr un buen resultado. Se señaló que la cuestión de la responsabilidad estaba vinculada estrechamente al grado de control que conservara la dirección y a que ésta tuviera un período exclusivo para preparar un plan de reorganización.

25. Como recomendación general, se sugirió que en el proyecto de guía se considerara cada uno de los temas no sólo en función de los objetivos fundamentales consignados en la parte I, sino también en función de las repercusiones de cada uno en otros temas y políticas.

26. Se expresaron diferentes opiniones con respecto a la solicitud de apertura del procedimiento y a la parte que podía solicitarla. En general se convino en que los deudores debían tener la posibilidad de solicitar tanto el procedimiento de liquidación como el de reorganización. En cuanto a la solicitud por parte de los acreedores, si bien se expresaron diferentes opiniones en lo que respecta a los criterios pertinentes, en general se estuvo de acuerdo en que se debía permitir que los acreedores también solicitaran cualesquiera de los dos procedimientos.

27. En el caso de la solicitud de procedimiento por parte de los acreedores, se expresó apoyo en favor de que ésta fuese presentada por uno o más acreedores, sin especificar un número en particular, aunque también se estuvo a favor de que se determinara el número. Se expresó la preocupación de que si se permitía que un solo acreedor solicitara el procedimiento de insolvencia, éste tal vez se utilizaría como alternativa en lugar de los procedimientos ordinarios de ejecución de deudas, y que podía ser más apropiado reclamar la deuda por otros medios. Se sugirió asimismo que podía ser pertinente utilizar un criterio relacionado con el valor de las deudas pendientes, de modo que un solo acreedor pudiera solicitar el procedimiento cuando el valor de la deuda que reclamara fuese considerable o que pudiese solicitarlo más de un acreedor cuando el valor compuesto de sus créditos excediera de determinada cuantía. También se sugirió que en los criterios relativos a la solicitud se hiciera referencia concretamente a los acreedores no garantizados con derecho a deudas reconocidas. Con respecto a los criterios para solicitar el procedimiento, una de las opiniones fue que debían aplicarse los mismos criterios al deudor y a los acreedores. Según otra opinión, debían aplicarse métodos diferentes. En el caso de un deudor, la solicitud podía basarse en la cesación general de pagos o en la posibilidad de que el deudor llegara a ser incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento en el futuro. Se

sugirió que en el proyecto de guía eso se expresara con una frase en el sentido de que “no haya perspectivas razonables de que el deudor pueda pagar sus deudas”.

28. En el caso de la solicitud de procedimiento por parte del acreedor, se expresó la opinión de que, como se indicaba en el apartado b) del párrafo 51 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, los acreedores habían de demostrar que tenían créditos vencidos y que el deudor no había pagado. Una de las cuestiones preliminares que se plantearon fue la necesidad de establecer claramente el significado del término “vencimiento” para evitar conflictos. Se planteó la cuestión de si las deudas realmente debían haber vencido y ser pagaderas y si la adopción de ese método tal vez no limitaría innecesariamente el acceso al procedimiento de insolvencia e influiría en forma considerable en el costo y la disponibilidad del crédito. Se indicó que tal era el caso cuando, si bien la deuda no había vencido, quedaba claro que la situación en que se encontraba el deudor daría lugar a que no pudiera pagarla cuando venciera. No obstante, se señaló que si no se establecía ninguna restricción de acceso al procedimiento, éste se utilizaría como alternativa en lugar de los mecanismos de ejecución de deudas. También se planteaba la cuestión conexa de si para solicitar el procedimiento los acreedores debían tener créditos vencidos, o si era posible que otros acreedores con créditos que no hubieran vencido solicitaran el procedimiento sobre la base de que el deudor tenía deudas pendientes que habían vencido. Se sugirió que cuando rigiera el criterio del vencimiento, podía ser necesario establecer una excepción para atender a situaciones en que el deudor actuara de manera fraudulenta o en que se probara que se otorgaba trato preferencial a algunos acreedores.

29. Con respecto a la cuestión de si los criterios de aplicabilidad en el caso de las solicitudes de los acreedores debían ser los mismos para la liquidación que para la reorganización, se expresaron diversas opiniones. Una de ellas fue que para garantizar el acceso al procedimiento de insolvencia en forma oportuna, eficiente e imparcial, lo que constituía uno de los objetivos fundamentales consignados en la primera parte del proyecto de guía, los criterios debían ser los mismos y debían formularse en sentido amplio. A fin de tener en cuenta esa sugerencia y la necesidad de prever procedimientos unitarios y dobles, se propuso que se considerara la formulación de un texto en los siguientes términos:

“Las solicitudes para entablar o abrir un procedimiento de insolvencia pueden ser presentadas por:

a) Un deudor, en cuyo caso éste deberá demostrar incapacidad, real o posible, para pagar deudas o que las obligaciones del deudor sobrepasan el valor de sus bienes;

b) Uno o más acreedores que puedan reclamar deudas vencidas, en cuyo caso el (los) acreedor(es) deberán demostrar que la deuda ya ha vencido y no se ha pagado.”

30. Se observó que esa propuesta tenía por objeto establecer criterios mínimos convenidos de aplicabilidad y que en el proyecto de guía se podían prever y examinar posibles variaciones, como la exigencia de una suma mínima adeudada o que no fuera necesario que la deuda hubiese vencido. Si bien hubo acuerdo en adoptar ese criterio general, se expresó cierto apoyo en favor de que el método para determinar la aplicabilidad fuese que el deudor “no puede o no podrá pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento”.

31. También se expresó la opinión de que los criterios de aplicabilidad debían ser más restrictivos en el caso de las solicitudes de reorganización por parte de los acreedores que en el caso del procedimiento de liquidación y que debía exigirse a los acreedores que demostraran que el negocio estaba en condiciones de continuar sus operaciones comerciales y tenía buenas perspectivas de reorganización. Se opinó que si se incorporaban esos criterios habría que dar una orientación clara sobre lo que era necesario demostrar, como la disponibilidad de efectivo para pagar deudas en las operaciones normales del negocio, que el valor de los bienes serviría de apoyo a la reorganización y que los acreedores obtendrían más que con la liquidación. Se expresó la preocupación de que si se añadían criterios se podía restringir la aplicabilidad y se sugirió que se establecieran únicamente en función de las consecuencias de la apertura del procedimiento y de la forma en que éste se desarrollara. Se observó, por ejemplo, que en los ordenamientos jurídicos en que al abrirse el procedimiento se aplicaba una suspensión automática, la capacidad de continuar sus operaciones comerciales podía determinarse una vez abierto el procedimiento. En otros ordenamientos, esa información se podía necesitar antes de que se iniciara la reorganización, ya que la elección de ese procedimiento presuponía que daría lugar a una mayor restitución. Se observó también que la elección de los criterios de aplicabilidad en el caso de la reorganización dependía del objetivo del régimen de la insolvencia; si el objetivo era maximizar el valor de los bienes, los requisitos serían diferentes de los aplicables en el caso de que se deseara reutilizar los bienes. Se reiteró la necesidad de prever esas cuestiones de política en el proyecto de guía.

32. En cuanto a la función que debían desempeñar los tribunales en la apertura del procedimiento, se expresó la opinión de que si bien los tribunales no tenían que desempañar necesariamente una función de supervisión principal (función que tal vez podía desempeñar un organismo administrativo), las partes debían recurrir siempre a los tribunales para solucionar conflictos. Se señaló que la participación excesiva del tribunal como órgano de supervisión podía retrasar el procedimiento de reorganización y hacer que resultara antieconómico, particularmente en el caso de las empresas pequeñas y medianas. También se indicó que en algunos países, en los que el poder judicial era muy reducido, no era eficiente ni eficaz esperar que los tribunales desempeñaran una función principal. Según otra opinión, la función de los tribunales era primordial para la supervisión del procedimiento de insolvencia y no podía encomendarse a otro organismo, independientemente de su composición.

33. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta contenida en el apartado c) del párrafo 51 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, relativo a las solicitudes de apertura del procedimiento de insolvencia por parte de autoridades gubernamentales, a la que se prestó amplio apoyo. No obstante, se manifestó la preocupación general de que otorgar a una autoridad de esa índole una facultad general para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia podría crear incertidumbre y, por consiguiente, no sería apropiada.

34. No se prestó apoyo a la sugerencia de que se ampliara la sección explicativa del proyecto de guía a fin de mencionar transgresiones concretas de leyes que no fueran penales (por ejemplo, reglamentaciones administrativas o leyes relativas al medio ambiente) como factores desencadenantes de la solicitud de apertura del procedimiento por parte de la autoridad pública. Por otra parte, se observó que aumentar excesivamente el número de situaciones en que la autoridad pública

pudiera presentar una solicitud escaparía al ámbito de aplicación del régimen de la insolvencia.

35. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en que debían establecerse algunos criterios para dar orientación acerca de las situaciones que posibilitarían el ejercicio de esa facultad y sobre la manera de ejercitarla, con miras a restringir la discrecionalidad de la autoridad pertinente.

36. Se sugirió también que esa facultad de la autoridad pública no sólo existiera en el caso del procedimiento de liquidación, sino también en el de reorganización, a efectos de preservar el interés público en situaciones en que la reorganización fuese posible pero el deudor y los acreedores no la solicitasen.

c) Apertura

37. El Grupo de Trabajo examinó varias cuestiones pertinentes a la apertura del procedimiento de insolvencia. En cuanto a la necesidad de que la solicitud de apertura se examinara rápidamente, la opinión general fue que esa decisión debía adoptarse con celeridad para evitar la dilución del valor de los bienes y garantizar la certeza y transparencia del proceso para los acreedores, en particular en la medida en que la apertura afectara a su capacidad para ejercer sus derechos. Se observó que los criterios de admisibilidad que tenían por objeto facilitar y acelerar el acceso al procedimiento también facilitarían el examen de la solicitud de apertura por el tribunal y que, por tanto, la cuestión del momento en que se abriría el procedimiento estaba estrechamente vinculada con lo que se pedía al tribunal que hiciera al adoptar la decisión con respecto a la apertura.

38. Según una opinión, la adopción de la decisión dependería más o menos directamente del grado de complejidad de los criterios de admisibilidad, que al ser más sencillos permitirían evitar demoras y conflictos. Se indicó que en algunos ordenamientos jurídicos la solicitud voluntaria por parte del deudor era un reconocimiento de insolvencia y funcionaba como apertura automática, a menos que se sugiriera que el deudor estaba abusando del procedimiento para evadir a sus acreedores. Con respecto a la reorganización, se señaló que el propósito de los criterios de admisibilidad era establecer una norma que pudiese crear una presunción razonable de insolvencia. En esos casos, a menos que se disputara la solicitud del deudor, no debería haber demoras para abrir el procedimiento, si bien la apertura no sería automática y se necesitaría una decisión formal del tribunal. Otra opinión fue que los criterios de admisibilidad eran únicamente el comienzo del proceso y que antes de adoptar una decisión el tribunal debía examinar cuidadosamente varias cuestiones conexas, entre ellas si el procedimiento que se solicitaba era el más apropiado para el deudor. Se replicó que las cuestiones de la evaluación de la solicitud del deudor y del procedimiento más apropiado para éste podían abordarse disponiendo la conversión entre liquidación y reorganización. Se apoyó la opinión de que si bien la solicitud del deudor podía dar lugar a la apertura casi automática del procedimiento, no ocurría así con la solicitud de los acreedores, que debía regularse en forma oportuna.

39. Se expresó la opinión de que si bien era preferible que la decisión se adoptara rápidamente, en la práctica el período para adoptarla variaba de un caso a otro y, por consiguiente, no sería práctico fijar plazos. Se señaló que cuando los plazos estaban

fijados por ley, con frecuencia éstos no se aplicaban y era difícil imponer sanciones eficaces para hacerlos cumplir, especialmente cuando el que no lo estaba cumpliendo era un tribunal (y no una autoridad administrativa). Se observó que podía ser más apropiado imponer sanciones encaminadas a garantizar que el deudor o el acreedor presentara la solicitud en forma oportuna. Según otra opinión, debía fijarse un plazo a fin de garantizar certeza y transparencia tanto para los acreedores como para el deudor.

40. Tras un debate, se opinó en general que era indispensable aplicar un criterio flexible para tener en cuenta la conveniencia de acelerar el procedimiento y proporcionar orientación sobre lo que era razonable, aunque también cabía reconocer que los países necesitaban encuadrar sus regímenes de insolvencia en función de los recursos y limitaciones globales de sus ordenamientos jurídicos y de las necesidades locales que determinaban sus prioridades.

d) Requisitos de notificación

41. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta, contenida en el párrafo 54 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, de que la solicitud se notificara al deudor (en caso de que la hubiese presentado un acreedor) y a los acreedores (en caso de que la hubiese presentado el deudor).

42. El Grupo de Trabajo convino en que la notificación del procedimiento de insolvencia no sólo era apropiada, sino también esencial a fin de garantizar la transparencia del régimen de la insolvencia, conforme a los objetivos principales de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, y velar por que todos los acreedores dispusieran de la misma información en el caso de procedimientos voluntarios.

43. Con respecto al momento de efectuar la notificación, la opinión preponderante fue que ésta debía tratarse de manera diferente según se tratase del deudor o de los acreedores. La opinión mayoritaria fue que correspondía que la notificación de una solicitud presentada al deudor por los acreedores o por una autoridad pública (es decir, de procedimientos involuntarios) fuera inmediata. En cambio, notificar a los acreedores antes de la apertura del procedimiento solicitado por el deudor podía ser contraproducente, ya que podía afectar innecesariamente la posición del deudor en caso de que la solicitud fuese rechazada y alentar a los acreedores a entablar acciones de último momento para reclamar sus créditos. No se prestó apoyo a la sugerencia de que en el caso de un procedimiento voluntario no existiría ese efecto perjudicial para el deudor, dado que éste ya habría dado a entender que era insolvente. Se indicó que esas cuestiones no surgirían en ordenamientos jurídicos en que la apertura fuese un efecto automático de la solicitud.

44. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que la notificación del procedimiento involuntario no debía efectuarse antes de la apertura. Se indicó que esa solución era compatible también con el criterio utilizado en el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, en que se dejaba claro que el objeto de la notificación era la apertura del procedimiento. El Grupo de Trabajo también acogió con agrado la sugerencia de que en el proyecto de guía se diera cierta orientación con respecto a la parte que debía notificar (por ejemplo, el deudor o el tribunal) y a la manera de lograr que la notificación surtiera efecto.

3. Consecuencias de la apertura del procedimiento de insolvencia

a) El patrimonio de la insolvencia

45. Una opinión general fue que era necesario destacar la importancia de que la legislación nacional regulara claramente los bienes que constituirían el patrimonio de la insolvencia, en beneficio tanto de los acreedores nacionales como de los extranjeros.

46. En cuanto a los bienes específicos que habría de incluirse, la opinión general fue que debían incluirse todos los bienes sobre los que el deudor tuviese un derecho en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia, independientemente de que fuesen corporales o incorporales y de que estuviesen o no realmente en poder del deudor. También se compartió la opinión de que el patrimonio de la insolvencia debía comprender, además, los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia tras la apertura del procedimiento. Se sugirió asimismo que había que considerar arreglos contractuales concretos como las transferencias creadas a fin de otorgar garantía, los fondos o acuerdos fiduciarios y las mercancías consignadas. También se observó que sería conveniente que en el proyecto de guía se ampliara la explicación acerca del concepto de bienes corporales e incorporales.

47. Se expresaron diversas opiniones en lo tocante a incluir bienes sobre los que se hubiera constituido una garantía real en favor de un acreedor. Se prestó cierto apoyo a la opinión de que, como regla general, esos bienes debían excluirse, a menos que uno o más de ellos constituyera un factor determinante del éxito de la reorganización. Se señaló que tal principio aumentaría considerablemente la disponibilidad de crédito, ya que daría la seguridad a los acreedores con créditos garantizados de que sus intereses no se verían afectados negativamente por el hecho de que se abriera un procedimiento de insolvencia.

48. No obstante, se respaldó la opinión de que los bienes garantizados debían formar parte del patrimonio de la insolvencia. Se observó que permitir que los acreedores con créditos garantizados ejecutaran sus garantías reales no sólo podía socavar el principio del trato equitativo de los acreedores, sino también la posibilidad de llevar a buen término la reorganización. Se explicó que el hecho de retener prácticamente todos los bienes pertenecientes al deudor al abrirse el procedimiento era crucial para la reorganización de la empresa. Por otra parte, también se aclaró que el hecho de incluir bienes amparados por una garantía en el patrimonio de la insolvencia no significaba que los acreedores con créditos garantizados se verían privados de mecanismos adecuados para salvaguardar sus derechos. También se expresó la opinión de que no había que hacer tanto hincapié en incluir o no bienes en el patrimonio, sino en determinar si los bienes amparados por una garantía estarían sujetos al procedimiento de insolvencia.

49. No se respaldó la propuesta de establecer regímenes diferentes para la liquidación y para la reorganización de los bienes garantizados.

50. Según otra opinión, el patrimonio de la insolvencia debía estar constituido por todos los bienes pertenecientes al deudor, independientemente del lugar en que se encontraran, lo que era compatible con el criterio adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Al respecto, se indicó que el propósito del proyecto de guía no era abordar cuestiones pertinentes a los aspectos

transfronterizos del régimen de la insolvencia y que la labor en curso no tenía por objeto modificar ni enmendar en modo alguno la Ley Modelo.

51. Se apoyó ampliamente la idea de que cuando el deudor fuera una persona natural podían excluirse algunos bienes del patrimonio de la insolvencia y se sugirió que se excluyera el derecho a reclamar daños y perjuicios. Tras examinar la cuestión, el Grupo de Trabajo convino en que habida cuenta de los diversos criterios adoptados en los diferentes ordenamientos jurídicos no era apropiado dar demasiados detalles en el proyecto de guía e incumbía a la legislación nacional determinar qué bienes quedarían excluidos. Al respecto, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que en el proyecto de guía se recomendara a los legisladores nacionales que determinaran claramente las excepciones y las redujeran al mínimo necesario para salvaguardar los derechos personales del deudor. También se sugirió que en el texto se determinaran y examinaran las opciones normativas que podían explicar los diversos criterios adoptados en los diferentes países.

52. Se examinó también la cuestión del trato de los bienes de terceros. Una de las inquietudes era que si esos bienes se excluían del patrimonio de la insolvencia se socavaría considerablemente la posibilidad de llevar a cabo la reorganización. Se indicó que en la mayoría de los casos por lo menos algunos de los bienes utilizados en el curso normal de la administración de la empresa pertenecían a una parte que no era el deudor y estaban en poder de este último en virtud de arreglos contractuales como, por ejemplo, contratos de arrendamiento y acuerdos análogos. Se sugirió que en el proyecto de guía se incorporara el principio de que los bienes de terceros no formaban parte del patrimonio de la insolvencia a menos que fueran necesarios para que la empresa siguiera funcionando y siempre y cuando se adoptaran disposiciones adecuadas para proteger al arrendador en la medida en que esos bienes se utilizaran en el procedimiento de insolvencia. Esa sugerencia fue respaldada.

53. Se opinó también que los bienes de terceros habían de tratarse en forma diferente en el caso de la liquidación que en el de la reorganización. Se observó que mientras que en el caso de reorganización la retención de los bienes que estuvieran en manos del deudor podía resultar decisiva para la posibilidad misma de salvar la empresa, esos problemas no surgían cuando se trataba de liquidación. Se opinó, en cambio, que impedir el desmembramiento del patrimonio al iniciarse el procedimiento podía resultar decisivo también para maximizar el valor de los bienes en el contexto de la liquidación.

54. Según otra opinión, la cuestión del tratamiento aplicable a los bienes que estaban en poder del deudor en virtud de un contrato debía abordarse en el contexto del tratamiento de los contratos y no en el del patrimonio de la insolvencia. Al respecto, predominó la opinión de que debían restringirse los derechos del propietario con arreglo al contrato a fin de garantizar que el bien permaneciese a disposición del procedimiento de insolvencia. En ese contexto, se aclaró que el régimen de la insolvencia no afectaría la titularidad de los bienes sino únicamente limitaría la forma en que se ejercían esos derechos, en aras de respaldar el procedimiento de insolvencia.

55. Durante el debate se puso de manifiesto que el concepto de patrimonio de la insolvencia variaba en los diferentes ordenamientos jurídicos: se observó que algunos consideraban que la cuestión de los bienes de terceros guardaba relación

con los derechos de propiedad, en tanto que otros la abordaban en el contexto del tratamiento de los contratos. No obstante, predominó la opinión de que el régimen de la insolvencia debía prever mecanismos para garantizar que los bienes de terceros utilizados en el curso normal de la administración de la empresa siguieran sujetos al procedimiento de insolvencia, tanto a efectos de la reorganización como con miras a maximizar el valor de los bienes que fuesen objeto del procedimiento de insolvencia.

56. En general se reconoció el derecho del representante de la insolvencia a recuperar los bienes del deudor que hubieran sido indebidamente transferidos, en violación del principio del trato equitativo de los acreedores. También se respaldó la sugerencia de que en el proyecto de guía se establecieran claramente las razones normativas que justificaban tal derecho. Se hicieron varias sugerencias acerca del tipo de actos con respecto a los cuales se podría invocar la recuperación y a los plazos en que ésta podría efectuarse. Se opinó que si bien en el texto propuesto parecía adoptarse un criterio basado en la intención de la parte, muchos ordenamientos jurídicos se basaban, en cambio, en el efecto perjudicial de la transacción sujeta a anulación y que a ese respecto era necesario adoptar una decisión normativa. Se replicó que, habida cuenta de la variedad de criterios adoptados por los diferentes ordenamientos jurídicos en la materia, en el proyecto de guía no debían darse demasiados detalles sobre las condiciones para ejercer de ese derecho. Se señaló también que en la sección del proyecto de guía dedicada a las acciones de anulación se hacían distinciones detalladas en cuanto al tipo de transacciones y a los plazos pertinentes. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en aplazar a una fecha ulterior el examen detallado de esa cuestión.

b) Suspensión del procedimiento

57. Al examinar si la aplicación de la suspensión debía ser automática o discrecional y si la suspensión debía aplicarse en el momento de la solicitud o de la apertura del procedimiento de insolvencia, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que se hiciera distinción entre las solicitudes de procedimientos de liquidación y de reorganización y en cuanto a las partes que presentaran la solicitud. Se observó que si bien en el proyecto de guía se establecían claramente las razones para la aplicación automática de la suspensión, era necesario profundizar más el examen de las ventajas de la aplicación discrecional. Se recordó que en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se abordaba la cuestión de aplicar una suspensión y se sugirió que el criterio que se adoptara en el proyecto de guía fuera compatible con la Ley Modelo.

58. Con respecto a los acreedores con créditos no garantizados, se sugirió que la suspensión se aplicara automáticamente a todos los acreedores al solicitarse un procedimiento de liquidación o de reorganización, independientemente de que lo solicitara el deudor o los acreedores. Cuando se tratara de una solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación, la continuación de la suspensión después de la apertura del procedimiento podía ser discrecional, pero en los casos de reorganización, la suspensión automática se seguiría aplicando tras la apertura del procedimiento. Se observó que podría ser necesario hacer una distinción entre los casos en que la empresa fuera a venderse como negocio en marcha en el contexto de un procedimiento de liquidación y la liquidación lisa y llana de la empresa. Una

sugerencia diferente que recibió cierto apoyo fue que la suspensión (que debería aplicarse automáticamente tanto en el procedimiento de liquidación como en el de reorganización, independientemente de que el procedimiento fuera solicitado por el deudor o por los acreedores) se aplicara desde la fecha de apertura del procedimiento. En cuanto al período que transcurriría entre la aplicación de la suspensión y la apertura, se convino en que se debería disponer de medidas provisionales. También se apoyó la idea de que la suspensión se aplicara automáticamente desde la fecha de la solicitud cuando ésta fuese presentada por el deudor, a fin de evitar posibles abusos de los acreedores. Se señaló que la aplicación automática era particularmente pertinente en los ordenamientos jurídicos en que una solicitud presentada por el deudor daba lugar a la apertura automática del procedimiento, sin necesidad de una decisión formal del tribunal.

59. En cuanto a la cuestión de aplicar la suspensión a los acreedores garantizados, la opinión general fue que si la suspensión afectaba los derechos garantizados, en el proyecto de guía había que hacer hincapié en que ello no debía interpretarse como negación de esos derechos. Se expresó la opinión de que, tanto en el procedimiento de liquidación como en el de reorganización, era necesario restringir el ejercicio de los derechos garantizados a efectos de poder cumplir los objetivos de los procedimientos, aunque eso debía equilibrarse con la preservación y protección de esos derechos. También se expresó la opinión contraria de que los acreedores con créditos garantizados no debían quedar afectados por la suspensión. Se sugirió que de lo contrario la autonomía de las partes y las negociaciones entre el deudor y el acreedor garantizado podían resultar menoscabadas. En apoyo de esa opinión se sugirió que un régimen en que se previera la aplicación de la suspensión a los acreedores garantizados y se procurara equilibrar las consecuencias negativas protegiendo el valor del derecho garantizado probablemente sería complejo y costoso y exigiría que el tribunal estuviera en condiciones de adoptar decisiones comerciales difíciles sobre la cuestión de la protección apropiada. Si la suspensión no se aplicaba a los acreedores garantizados, era mejor dejar que los interesados negociaran esa cuestión. Al respecto, se indicó que en muchos ordenamientos existía un claro equilibrio entre la necesidad de establecer una suspensión y la posibilidad y eficacia de celebrar negociaciones antes de la apertura del procedimiento a fin de lograr un acuerdo entre el deudor y los acreedores sobre la manera de proceder. Se señaló que en varios ordenamientos jurídicos esas negociaciones previas resultaban eficaces para que el deudor y sus acreedores llegaran a un acuerdo, de modo que no fuera necesario establecer una suspensión. Otro criterio que contó con cierto apoyo fue el de combinar la aplicación automática de la suspensión desde la fecha de apertura del procedimiento, durante un período breve, a fin de posibilitar la evaluación de la situación financiera del deudor con miras a determinar la manera en que debía proseguir el procedimiento, con la disposición de levantar la suspensión a solicitud del tribunal si se demostraba que el bien constituido en garantía estaba perdiendo valor.

60. En lo tocante a la cuestión de los acreedores privilegiados o preferentes, se observó que esos términos se utilizaban de manera diferente en los diversos ordenamientos jurídicos y que en el proyecto de guía era necesario explicar esas diferencias claramente. Por ejemplo, en algunos ordenamientos los acreedores preferentes eran los que tenían derechos posesorios, en tanto que en otros esos acreedores únicamente tenían prelación con respecto a la distribución. Una cuestión conexa era la de los derechos que podían invocar esas diversas clases de acreedores

y si esos derechos se verían afectados por la suspensión. La opinión general fue que algunos de esos tipos de acreedores entrarían en la categoría de acreedores no garantizados que se verían afectados por la suspensión, pero se sugirió que en el proyecto de guía se abordaran esas cuestiones con claridad.

c) Tratamiento de los contratos

61. El Grupo de Trabajo abordó las cuestiones de la rescisión, el mantenimiento en vigor y la cesión, por parte del representante de la insolvencia, de contratos que estuviesen pendientes al iniciarse el procedimiento de insolvencia. En cuanto a la rescisión, se expresó la opinión general de que existía un vínculo directo entre la capacidad del representante de la insolvencia de rescindir los contratos, por una parte, y el nivel de disponibilidad de crédito, por otra. Se observó que mientras más amplio fuese el derecho del representante de la insolvencia a rescindir el contrato, mayor sería el costo y menor la disponibilidad de crédito, y que era necesario equilibrar cuidadosamente esas dos necesidades rivales.

62. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la eventual rescisión automática de un contrato cuando el representante de la insolvencia no hubiese adoptado dentro de un determinado plazo una decisión de mantenerlo en vigor. Según una opinión, una disposición que previera la rescisión automática podría ser útil para evitar las costas judiciales en situaciones en que el deudor claramente no estuviese en condiciones de cumplir el contrato. Además, se observó que si no se preveía un mecanismo de rescisión automática se impondría al representante de la insolvencia la carga de dar notificación de las decisiones adoptadas con respecto a todos los contratos pendientes, lo que aumentaría innecesariamente el costo del procedimiento.

63. No obstante, la opinión imperante fue que la disposición contenida en el resumen (apartado b) del párrafo 113 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1), según la cual la rescisión podría surtir efecto automáticamente al no haberse adoptado en un determinado plazo la decisión de mantener vigente el contrato, era demasiado amplia. Se expresaron varias opiniones sobre la forma en que podría precisarse más su alcance. Se sugirió, entre otras cosas, que se aclarara en el texto que la rescisión automática sólo sería posible cuando estuviese expresamente prevista en el contrato. A ese respecto, se señaló que si se adoptaba la rescisión automática como principio general el deudor podría quedar expuesto al riesgo de verse privado de ciertos suministros que podrían ser esenciales para el funcionamiento ininterrumpido de su negocio (como electricidad, agua, etc.). En respuesta a ello se señaló que la regla no tenía por objeto conceder la facultad de rescindir el contrato a la otra parte contratante, sino de posibilitar que el representante de la insolvencia no tuviese que dar notificación de la decisión de rescindir. Se aclaró además que con esa disposición no se pretendía modificar los derechos que la otra parte contratante tuviese con arreglo al contrato. Otra sugerencia consistió que se especificara el plazo después del cual se aplicaría la rescisión automática.

64. Se expresó también la opinión de que la rescisión automática debía limitarse a algunas categorías de contratos expresamente previstas en la legislación nacional. Se observó que ese mecanismo, si bien se basaba en consideraciones económicas razonables, podría crear un grado excesivo de incertidumbre, lo que menoscabaría el

objetivo fundamental de la previsibilidad del sistema de insolvencia. Otra inquietud expresada al respecto era que la rescisión automática podría dar lugar a incertidumbre cuando el representante de la insolvencia no estuviese debidamente informado de los contratos pendientes.

65. Se señaló que la rescisión automática tenía la finalidad de proporcionar certeza: por un lado, el mecanismo obligaba al representante de la insolvencia a adoptar oportunamente una decisión con respecto a los contratos pendientes en el momento de la apertura del procedimiento; por otro lado, también ofrecía a la otra parte un medio de eliminar la incertidumbre en cuanto al mantenimiento de la vigencia del contrato dentro de un plazo razonable.

66. Según otra opinión, la cuestión de la rescisión automática de los contratos debía tratarse de forma diferente según si lo que estaba en juego era la liquidación o la reorganización, habida cuenta de las distintas políticas en las que se basaba cada uno de esos procedimientos. A ese respecto se observó que, mientras que en el contexto de la liquidación sería razonable presumir que si el representante de la insolvencia no adoptaba decisión alguna con respecto a un contrato lo más probable era que ello supusiese una decisión de rescindir, en caso de reorganización esa suposición podría no siempre ser pertinente.

67. Prevaleció la opinión de que debía mantenerse el mecanismo de rescisión automática siempre y cuando se limitara en alguna medida su alcance. Se expresaron opiniones favorables a que en el proyecto de guía se establecieran criterios que orientaran al representante de la insolvencia a la hora de adoptar la decisión de rescindir o no el contrato, teniendo presente que esos criterios serían diferentes según se tratase de liquidación o de reorganización. Además, se observó que sería sumamente útil esbozar las razones de política que podrían justificar la rescisión automática en los ordenamientos jurídicos que requiriesen una justificación específica cuando dicha rescisión redundase en perjuicio de derechos contractuales.

68. Además del derecho a rescindir contratos, se sugirió que el representante de la insolvencia estuviese facultado para rechazar otros bienes incluidos en el patrimonio, siempre y cuando se tratase de bienes gravados cuya retención extrañaría gastos excesivos. Si bien esa opinión fue respaldada por algunos, se observó que tal facultad tendría que ir acompañada de mecanismos que permitiesen transferir el derecho sobre los bienes rechazados a otra persona.

69. Se apoyó asimismo la idea de que el representante de la insolvencia pudiese garantizar la continuada vigencia de los contratos. Sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que se limitase el alcance de ese derecho excluyendo los contratos cuya vigencia fuese imposible mantener, a saber, los contratos cuyo cumplimiento dependiese fundamentalmente de las características personales del deudor. Se sugirió que en el resumen se incluyeran ejemplos a este respecto (como los esbozados en el párrafo 106 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1). Según otra opinión, la referencia a la posible intervención del tribunal (contenida en la parte introductoria y en el apartado a) del párrafo 116 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1) era incompatible con el criterio adoptado respecto de la rescisión (que no se refería al tribunal) y por tanto inapropiada.

70. Se estuvo a favor de mencionar las razones en que se fundamentaba el derecho del representante de la insolvencia a mantener el contrato en vigor, tal como se

sugirió con respecto a la rescisión. Se aclaró que el derecho del representante de la insolvencia a mantener el contrato en vigor independientemente de que hubiese consentimiento de la otra parte debía equilibrarse mediante algún mecanismo de indemnización a fin de tener en cuenta los intereses de la otra parte. Se sugirió asimismo que la otra parte tuviese derecho a ser oída o consultada por el representante de la insolvencia antes de que éste adoptara su decisión, así como a disponer de medios para impugnar esa decisión.

71. En cuanto a la cesión de los contratos, se expresó una opinión en el sentido de que debía limitarse el alcance de la disposición, al igual que el mantenimiento de la vigencia. En relación con ello se señaló que debía excluirse la posibilidad de cesión en el caso de contratos cuyo cumplimiento dependiese fundamentalmente de las características específicas del deudor. A ese respecto, se sugirió que el representante de la insolvencia no podía gozar de mayor amplitud de derechos que la que tuviese el deudor con arreglo al contrato.

72. Tras un debate, prevaleció la opinión de que se mantuviera el derecho del representante de la insolvencia a ceder los contratos que estuviesen pendientes en el momento de la apertura del procedimiento, siempre y cuando se limitara debidamente su alcance. En apoyo de esa opinión, se observó también que en algunas circunstancias la rescisión podía redundar en ventajas considerables para la otra parte contratante (por ejemplo, cuando el precio de arrendamiento con arreglo al contrato fuese inferior al del precio en el mercado) y que al disponer el mantenimiento en vigor y la cesión de un contrato podía resultar beneficiado el patrimonio de la insolvencia gracias a la eventual diferencia entre el precio estipulado en el contrato y el precio del mercado.

73. En cuanto a la cuestión de las cláusulas de instransferibilidad, se expresaron opiniones a favor de facultar al representante de la insolvencia a considerar dichas cláusulas como nulas y sin efecto, si bien en el proyecto de guía debían señalarse las consecuencias que tal tratamiento tendría para la otra parte. Se observó asimismo que esa solución era coherente con el criterio adoptado en el proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. Según otra sugerencia, debía aclararse la referencia a la expresión “todas las partes”, que figuraba entre corchetes en el apartado b) del párrafo 118 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, precisando que ello se refería a las partes en el contrato original y no a las partes en la cesión.

74. Según la opinión general, el proyecto de guía debía poner de relieve la necesidad de excluir los contratos financieros (en particular, las permutas monetarias, las permutas de tipos de interés, otras operaciones derivadas, etc.) del ámbito de las disposiciones que facultaban al representante de la insolvencia a intervenir en los contratos. Se observó que para garantizar la estabilidad del mercado financiero en su conjunto era esencial preservar los derechos de los inversionistas financieros (en particular, el derecho a compensar sus posiciones, el derecho a rescindir el contrato y el derecho a reclamar una garantía de conformidad con las normas y arreglos que regían tales contratos). Se señaló además que ese trato especial parecía apropiado a la luz de las peculiaridades de esos contratos y que precisamente debido a esas peculiaridades dichos contratos se habían excluido también del ámbito de aplicación del proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. Si bien esa opinión recibió apoyo, se convino no obstante en que en el proyecto de guía debían señalarse las razones por las cuales

se apoyaba un régimen especial para esos contratos, lo que suponía una excepción importante al principio de trato equitativo de los acreedores.

75. Se respaldó ampliamente la opinión de que los contratos de empleo debían estar sujetos a un régimen especial, dadas las fuertes repercusiones sociales que tenía su tratamiento en el contexto de la insolvencia. Se sugirió que en el proyecto de guía se mencionasen las consideraciones de política social implícitas en esta cuestión, así como las razones que justificaban su exclusión del ámbito de las normas generales. Según otra sugerencia, en el proyecto de guía debía recomendarse que, en aras de la transparencia, la ley sobre la insolvencia mencionara expresamente también la limitada facultad del representante de la insolvencia para rescindir esos contratos.

76. Prevaleció la opinión de que en el proyecto de guía se tratara la cuestión de la compensación. No se apoyó la sugerencia según la cual ello no debía abordarse en el contexto del tratamiento de los contratos debido a que era más bien una cuestión de derecho privado de carácter general.

d) Acciones de anulación

77. Al comienzo de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se observó que las acciones de anulación podían resultar muy caras y se sugirió que el Grupo de Trabajo se ocupara ante todo de elaborar criterios que ayudaran a simplificarlas. Se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos la aplicación de un criterio individualizado para regular con cierto detalle factores como la intención de las partes en la operación y lo que cabía entender por el curso normal de sus negocios había producido litigios excesivos. Ese enfoque subjetivo se había sustituido ahora por un enfoque objetivo más sencillo en el que, por un lado, se preveía un breve período de sospecha (de tres a cuatro meses) y, por otro, se establecía una norma arbitraria conforme a la cual todas las operaciones realizadas durante ese período se considerarían sospechosas salvo que hubiera habido, casi simultáneamente, un intercambio de valor entre las partes en la operación.

78. Se señaló que a causa de los gastos que podían entrañar las acciones de anulación, en algunos ordenamientos jurídicos se había planteado la forma de financiarlos. Las posibles modalidades de financiación consistían en permitir a un grupo de acreedores entablar la acción cuando el representante de la insolvencia decidiera no hacerlo, siempre que los demás acreedores estuviesen de acuerdo; permitir al representante de la insolvencia ceder a un tercero a título oneroso la acción de anulación; y permitir al representante de la insolvencia recurrir a un prestamista para que le adelantara fondos con los que iniciar la acción de anulación. Se señaló que algunos de estos enfoques permitirían al acreedor que entablara la acción cobrar su crédito, o al menos parte de él con los fondos recuperados. Se observó que en otros regímenes el gobierno aportaba fondos para que el representante de la insolvencia entablara no sólo demandas de anulación para recuperar los fondos, sino también demandas contra los directivos de la empresa del deudor. Se expresaron ciertas reservas acerca de los enfoques que pudieran favorecer los intereses de determinados acreedores en detrimento de la generalidad y de la naturaleza colectiva del procedimiento de insolvencia. En apoyo de los mecanismos que permitían la financiación privada, se señaló que los países regulaban de formas muy distintas el acceso a recursos públicos para la financiación

de acciones de anulación. También podría crear dificultades el requisito de que estas acciones fueran financiadas con los bienes del patrimonio, en particular porque ello podría impedir la recuperación de bienes que se hubieran retirado del patrimonio con la intención concreta de entorpecer las acciones de anulación. Tras un debate, se apoyó un mecanismo que permitiera a los acreedores llevar adelante la acción para recuperar los fondos cuando el representante de la insolvencia no estuviera dispuesto a iniciarla u obtener financiación externa cuando no existiera otra opción.

79. El Grupo de Trabajo examinó los tipos de operaciones anulables, descritas en los párrafos 125 a 129 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1. Como cuestión preliminar, se señaló que podían entablarse acciones de anulación tanto en una liquidación como en una reorganización. Se indicó que al igual que en la liquidación, en la reorganización se procedía a la distribución conforme a la prelación. En consecuencia, el acreedor que poco antes de la apertura del procedimiento hubiese obtenido un pago que afectase su prelación no debía poder conservarlo.

80. En lo tocante a la cuestión del alcance de las facultades de anulación, se sugirió que el proyecto de guía se refiriera a operaciones y no a pagos o transferencias, dado que estos dos últimos términos no eran lo suficientemente amplios. Además, se sugirió que las categorías principales de operaciones anulables fueran únicamente las fraudulentas, las infravaloradas y las preferentes, y que como ejemplos concretos de estas tres categorías se mencionaran las garantías reales inválidas, las donaciones, las compensaciones, las transferencias no autorizadas que ocurrieran tras la solicitud de un procedimiento de insolvencia y las operaciones que supusieran una grave violación de las prácticas comerciales normales. Al tratar estas diversas categorías, la Guía no debía limitarse a señalar qué operaciones serían anulables, sino enunciar las categorías de operaciones que serían nulas. Además, se propuso que el proyecto de guía se centrara no sólo en los tipos de operaciones antes señalados, sino también en las consecuencias de tales operaciones y en la relación entre las partes interesadas. Con respecto a las consecuencias, se señaló el ejemplo de que los directivos de la empresa del deudor podrían tratar de liquidar todas las obligaciones que hubieran garantizado en el período anterior a la insolvencia. Aunque esos pagos no fueran en sí inaceptables, era necesario considerar sus efectos. En cuanto a la relación entre las partes, se señaló que las operaciones con iniciados podrían requerir especial atención. Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en no facultar al representante de la insolvencia para intervenir en operaciones financieras, por lo que éstas no debían estar sujetas a anulación.

81. Según una observación general relativa al período de sospecha, se sostuvo que esos períodos deberían fijarse por ley y no dejar que los tribunales los determinaran *a posteriori*, ya que ello no contribuía a la claridad ni a la previsibilidad de la ley. Según otra opinión, cabía dar a la ley un margen de flexibilidad permitiendo que los tribunales prorrogaran en determinadas circunstancias los períodos establecidos. Se señaló que algunos países habían adoptado esta combinación de criterios objetivos y subjetivos. Se respondió a ese argumento indicando que ese planteamiento tal vez no propiciaría los objetivos fundamentales de previsibilidad y certeza, enunciados en la primera parte del proyecto de guía. Sin embargo, se indicó que en ciertas circunstancias podría ser apropiado prorrogar el período de sospecha, por ejemplo cuando una operación que se hubiera ocultado menoscabara el valor del patrimonio.

Se observó también que el proyecto de guía debía indicar con claridad a partir de qué momento comenzaban los períodos de sospecha, a saber, si comenzaban al solicitarse el procedimiento de insolvencia o en el momento de su apertura (cuando este momento fuese el de la declaración de insolvencia).

82. El Grupo de Trabajo convino en que las transferencias fraudulentas debían estar sujetas a anulación. Con respecto al período de sospecha, se opinó que la anulación de las operaciones por motivo de fraude no debía estar sujeta a ningún límite específico de tiempo. Según otra opinión, convenía fijar un período pero éste debía ser largo.

83. En cuanto a la carga de la prueba, se indicó que la cuestión que debía examinarse era si la operación tenía por objeto entorpecer, demorar o impedir la obtención de valor por parte de los acreedores o si éstos eran sus efectos. Se observó que como la intencionalidad era el elemento fundamental del fraude, para que la operación del deudor fuera fraudulenta no bastaría con que tuviera el efecto de frustrar o de demorar el cobro por parte de los acreedores; el deudor tendría que haber realizado la operación con la intención de que surtiera tal efecto. Además, se sugirió que la otra parte en la operación debía ser consciente de la intención de fraude. Como cuestión práctica, se observó que si una parte no podía explicar la finalidad comercial de una determinada operación que restara valor al patrimonio, sería relativamente fácil demostrar que la operación era fraudulenta. Se señaló al Grupo de Trabajo la necesidad de tener presente que muchas operaciones perfectamente válidas conforme al derecho aplicable al margen de un régimen de la insolvencia podían ser fraudulentas en virtud del régimen de la insolvencia.

84. Con respecto a la cuestión de si la operación debía quedar automáticamente anulada en virtud de la ley o resultar anulable a petición del representante de la insolvencia, se observó que cabía distinguir entre las operaciones fraudulentas, que no podían quedar automáticamente anuladas, y los demás tipos de operaciones que podían anularse automáticamente por haberse realizado durante el período de sospecha pertinente.

85. Al examinar las operaciones infravaloradas, se señaló que era necesario hacer una distinción entre las operaciones concertadas con acreedores y aquellas en que intervinieran terceros, dado que estas últimas también podían considerarse donaciones. Se señaló que para las operaciones infravaloradas era necesario fijar un largo período de sospecha.

86. Respecto de las operaciones preferentes, se observó que el criterio para su anulabilidad era la realización de un intercambio simultáneo de valor. Se mencionó como ejemplo todo pago irregular de deudas aún no vencidas. Se sugirió que estas operaciones eran más amplias que los meros pagos efectuados en beneficio de los acreedores y que debían incluir no sólo las operaciones que beneficiaran a éstos sino también las que se realizaran con terceros. Frente a este argumento se señaló que el carácter preferente de una operación con terceros sería difícil de definir y que toda operación que supusiera una preferencia por terceros podría entrar en la categoría de las operaciones infravaloradas o considerarse una donación (aunque se observó que algunos ordenamientos jurídicos podrían permitir ciertas donaciones). Se sugirió que también se consideraran preferentes las operaciones que entrañaran pagos en especie. En cuanto al período de sospecha requerido, se sugirió que fuera más breve que el aplicable a las operaciones fraudulentas o infravaloradas.

87. Se expresó cierta inquietud sobre lo que se entendía por garantías reales inválidas como categoría de operaciones anulables. Se convino en general en que esta categoría comprendería las garantías dadas con contraprestación anterior. Sin embargo, se señaló que también podría incluir garantías como los gravámenes que no estuvieran correctamente constituidos y que pudieran anularse en virtud del derecho general aplicable al margen del régimen de la insolvencia. El Grupo de Trabajo añadió que, como cuestión general, los asuntos relativos a la validez o invalidez de las garantías reales debían regirse por la legislación pertinente en materia de operaciones garantizadas y ser un tema de cooperación entre el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia y el Grupo de Trabajo que comenzaría su labor sobre las operaciones garantizadas en mayo de 2002.

88. Se expresó la opinión de que una compensación no era anulable como tal pero que podía serlo cuando tuviera el efecto de modificar el saldo de la deuda entre las partes en la compensación de manera que se creara una preferencia, o cuando la compensación se produjera en circunstancias irregulares, por ejemplo cuando no hubiera contrato.

89. Cuando se realizaran operaciones no autorizadas tras la solicitud del procedimiento y antes de su apertura, la operación debía ser nula pero, para evitar controversias, no debía ser anulable. Respecto de otra categoría, la de las operaciones incompatibles con las prácticas comerciales habituales, se expresó la opinión de que constituía más bien una excepción que se oponía a la alegación de que se trataba de una operación preferente cuando podía demostrarse que la operación era compatible con las prácticas habituales o compatible con el curso normal de los negocios con el acreedor. En contra de esta opinión, se estimó que estos tipos de operaciones debían figurar como categoría diferenciada. Sin embargo, se observó que el criterio de “incompatibilidad con las prácticas comerciales habituales” sería difícil de determinar, en particular cuando aparentemente las operaciones se hubieran realizado en el curso normal de los negocios y sólo tras examinarlas detenidamente se demostrara lo contrario. Se señaló también que ese criterio planteaba la cuestión de la persona que debía determinar lo antedicho.

4. Administración de los procedimientos

a) Derechos y obligaciones del deudor

90. Se consideró en general que la cuestión de los derechos y obligaciones del deudor se planteaba de modo diferente según se tratase de liquidación o de reorganización. Cuando había de mantenerse la empresa (ya fuese para su venta como entidad comercial o para su reorganización) se requería una mayor intervención del deudor.

91. Se expresó apoyo en general a que se estableciera la obligación del deudor de revelar oportunamente información completa sobre la situación financiera y económica de la empresa con miras a mantener la confianza y a permitir al representante de la insolvencia evaluar correctamente la situación. Con respecto a la reorganización, se señaló que la pronta presentación de información por el deudor podía resultar útil para aumentar la confianza de los acreedores en la capacidad del deudor de continuar administrando los negocios de la empresa. Se sugirió que dicha

obligación se hiciera extensiva a toda la información pertinente y que además incluyera la relativa a los años anteriores a la solicitud del procedimiento.

92. Con respecto a la reorganización, el Grupo de Trabajo convino en que era conveniente y adecuado que el deudor continuara ocupándose de la gestión de la empresa. Se señalaron las ventajas posibles de esta modalidad, especialmente con respecto a simples empresas o a pequeños consorcios. En los casos en que el deudor conservara una función importante en la administración, como con el modelo del deudor en posesión, era necesaria la supervisión de un tribunal (y ello podría incluir la designación de un representante de la insolvencia). Se consideró en general que las facultades dadas al deudor en una reorganización debían compaginarse con los intereses de los acreedores, previéndose mecanismos eficaces que les permitieran adoptar las medidas apropiadas. A este respecto se observó que, una vez entablado el procedimiento, el deudor sería ante todo responsable frente a los acreedores más que frente a los accionistas. Se observó también que la facultad del tribunal de nombrar a un funcionario que actuara como mediador sería útil para hacer frente a situaciones en que el desinterés de los acreedores pudiera entorpecer la preparación y aprobación del plan de reorganización. También se sugirió que los derechos y las obligaciones del deudor se regularan de distinto modos en función del tamaño de la empresa.

93. Se apoyó a el modelo basado en los derechos y responsabilidades comunes del deudor y del representante de la insolvencia nombrado por el tribunal. Según este modelo, el deudor seguiría ocupándose de la gestión cotidiana de la empresa, mientras que el representante de la insolvencia supervisaría las operaciones importantes y se encargaría de la ejecución del plan.

94. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que sería conveniente hacer una distinción entre el período que mediaba entre la solicitud del procedimiento de insolvencia y la aprobación del plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a dicha aprobación, por otra. Se consideró que si bien en el primer período sería apropiado que la ley fijara reglas concretas y previera la participación de un representante independiente, podría ser aconsejable adoptar un enfoque más flexible y dar más autonomía a las partes después de la aprobación del plan y durante su ejecución a fin de que la reorganización tuviera más posibilidades de prosperar.

95. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión del derecho del deudor a exponer su parecer. Una de las preocupaciones era que si se establecía como principio general ese derecho podía requerir formalidades y gastos que entorpecerían innecesariamente el procedimiento, en particular en el contexto de una liquidación. Por consiguiente, se propuso que ese derecho se limitara a las situaciones en que el deudor tuviera un interés, en razón tanto de su situación financiera como de sus derechos personales. En contra de esta propuesta, se argumentó que en algunos ordenamientos el derecho de una parte a exponer su parecer se consideraba un derecho fundamental de carácter constitucional y cuya restricción podía dificultar el reconocimiento de los procedimientos entablados en regímenes en que permitieran estas restricciones. Se señaló también que si se disponía que el deudor por regla general debía participar en las decisiones ello podía dar a todas las partes interesadas una mayor confianza en el régimen de la insolvencia. En consecuencia, se convino en que el proyecto de guía debía subrayar la necesidad de evitar que el ejercicio de ese derecho condujera a abusos que impidieran llevar a cabo el procedimiento con suficiente rapidez.

96. Se sugirió asimismo que en el proyecto de guía se abordaran cuestiones como el levantamiento de las restricciones impuestas a un deudor al entablarse el procedimiento, así como el pago de todas sus deudas o de una parte de ellas tras la decisión de poner fin al procedimiento.

b) Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

97. Sobre la cuestión de quién debía designar al representante de la insolvencia, se señaló que cualquier solución debía prever la designación de una persona independiente e imparcial; asimismo, se consideró en general que si la designación estaba a cargo del tribunal o de los acreedores, ello redundaría en una mayor independencia e imparcialidad que si la efectuara el deudor. A este respecto se señaló que si la persona era designada por el deudor, había mayores posibilidades de disputas sustanciales sobre los créditos de los acreedores, así como de quejas de algunos de éstos por motivos de discriminación. Se señaló también que el nombramiento del representante de la insolvencia tendía a correr a cargo de una autoridad independiente que podía recurrir a profesionales con experiencia y conocimiento de los sectores pertinentes.

98. Se expusieron los procedimientos que regían la selección de los representantes de la insolvencia en diversos países; esas exposiciones se hicieron a título de información o como sugerencia para que se tuvieran en cuenta al formular recomendaciones en el proyecto de guía. Entre esos procedimientos se incluían, por ejemplo, que el eventual representante de la insolvencia tenía la obligación de declarar toda circunstancia que pudiera entrañar un conflicto de intereses o que pudiera mermar su independencia; que los candidatos a esta función debían recibir capacitación en determinadas instituciones y obtener una licencia; que los representantes se seleccionaban entre las personas que figuraban en una lista conforme a sistemas concebidos de modo que fueran justos para los representantes (en términos de la distribución equitativa de los casos en que los bienes no bastaran para remunerar plenamente al representante) pero que no garantizaban necesariamente la elección de la persona más apropiada en cada caso. Se observó que al establecer estos procedimientos y requisitos, debía tenerse presente que si se imponían condiciones excesivamente rigurosas se corría el riesgo de incrementar los gastos del procedimiento, pero que si los requisitos no eran muy estrictos no se podría garantizar la calidad del servicio requerido.

99. Sobre la cuestión de las competencias exigidas al representante de la insolvencia, se expresó la opinión de que el párrafo 145 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 disponía con suficiente detalle los aspectos que debían tomarse en consideración. Se sugirió que se agregara al texto una referencia a la necesidad de que el representante de la insolvencia fuera una persona “apta y capaz” y al hecho de que debía desempeñar distintas funciones fiduciarias. También se sugirió que en el proyecto de guía se mencionara la necesidad de nombrar a un funcionario de la administración pública cuando no existiera la posibilidad de encomendar un caso de insolvencia a un representante privado, por ejemplo por no disponerse de fondos para financiar la administración de la insolvencia.

100. Se reconoció que el representante de la insolvencia debía cumplir normas de responsabilidad, pero que esas normas debían ajustarse a las circunstancias en que el representante adoptaba las decisiones; así pues, se sugirió que la norma de responsabilidad no fuera más estricta que la aplicable al director de una empresa, que correspondiera a la norma exigible a una persona prudente que ejerciera ese

cargo, o que la norma previera que el representante debía actuar de buena fe y con fines legítimos; se observó que el criterio de diligencia no debía ser demasiado estricto (en particular, no debía corresponder al nivel de diligencia exigida en los casos extracontractuales), a fin de no propiciar demandas contra el representante que incrementaran los gastos de su función.

101. Se sugirió que los motivos previstos para la sustitución o destitución del representante fueran una actuación no acorde con la norma requerida, aunque con la salvedad de que los acreedores pudieran destituir al representante sin justificar su decisión, cuando lo permitieran las funciones y privilegios de los acreedores en un determinado procedimiento. A ese respecto, se sugirió que en la sección del proyecto de guía relativa a la destitución, con o sin motivo, también se debía tratar la necesidad de que el régimen de la insolvencia previera la sustitución y la sucesión de la titularidad respecto de los bienes del patrimonio. Se señaló que en algunos países los representantes de la insolvencia se consideraban funcionarios judiciales, por lo que los tribunales determinaban su grado de responsabilidad y los motivos para su destitución.

102. En cuanto a la necesidad de que los profesionales de la insolvencia suscribieran un seguro de responsabilidad o a la obligación de dar una garantía que pudiera hacerse efectiva en caso de incumplimiento de las obligaciones del representante (como una fianza abonada por una compañía de fianzas), se sugirió que esas obligaciones fueran debidamente proporcionales a los riesgos asignados a los participantes en el procedimiento de insolvencia, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de controlar los gastos que entrañaban los servicios del representante.

c) Créditos de los acreedores

103. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de los créditos presentados por los acreedores. Según una opinión, en aras de la certeza era aconsejable fijar un plazo concreto para la presentación de los créditos. También se propuso que se previeran sanciones en caso de créditos presentados tardíamente. No obstante, se expresó el temor de que al fijar una fecha límite para la presentación de créditos se discriminara a los acreedores extranjeros, dado que éstos no siempre podrían presentar sus créditos antes de que venciera el plazo. Se observó que ello supondría una violación del principio de la igualdad de trato entre los acreedores nacionales y extranjeros, enunciado en el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se señaló además que ese trato discriminatorio sería incompatible con la reforma de los regímenes de la insolvencia de muchos países, en que se tendía claramente a eliminar toda discriminación basada en la nacionalidad del acreedor. Se puntualizó también que la decisión de no fijar un plazo para la presentación de créditos no menoscabaría el patrimonio de la insolvencia, siempre y cuando los créditos se presentaran antes de la distribución de los bienes y los costos derivados de una presentación tardía de los créditos corrieran a cargo del acreedor. Según otra opinión, si se fijaba un plazo concreto, éste no debía limitar las posibilidades de los acreedores.

104. En respuesta a lo anterior, se observó que este problema podía resolverse adecuadamente fijando plazos más largos o previendo un determinado plazo para los acreedores extranjeros, como ya se hacía en algunos ordenamientos jurídicos, o

también permitiendo a los tribunales prorrogar el plazo cuando se acreditaran impedimentos graves. Se sugirió asimismo que los acreedores nacionales tuvieran también esa opción. Se señaló además que la cuestión de la presentación tardía de créditos por los acreedores extranjeros guardaba estrecha relación con la de la debida notificación de esos acreedores y que el proyecto de guía debía hacer referencia a la obligación de informar adecuadamente a los acreedores extranjeros, enunciada en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se observó además que sería útil establecer una base internacional de datos en que se recopilara información facilitada por los registros comerciales nacionales, ya que de este modo los acreedores podrían disponer oportunamente de información y al mismo tiempo se garantizaría la igualdad de trato de los acreedores al disponer todos ellos de iguales condiciones de acceso a esa información.

105. Con respecto a los acreedores extranjeros, se planteó la cuestión de si los créditos podían presentarse en un idioma que no fuera el empleado en el procedimiento de insolvencia. El Grupo de Trabajo convino en que se facilitaría notablemente el acceso de los acreedores extranjeros a los procedimientos de insolvencia si aquéllos pudiesen presentar los créditos en su propio idioma. En consecuencia, se sugirió que en el proyecto de guía se recomendara que los legisladores redujeran las limitaciones consistentes en tener que presentar los documentos en un determinado idioma o cumplir determinados requisitos legales como los de traducción y protocolización de los documentos.

106. Se observó que la cuestión de la igualdad del trato dado a los acreedores extranjeros con respecto al dispensado a los acreedores nacionales guardaba relación con el problema de la conversión de un crédito cifrado en moneda extranjera a la moneda del país en que tuviera lugar el procedimiento de insolvencia, y concretamente con el problema del momento en que debía efectuarse tal conversión. Se señaló que debido a las continuas fluctuaciones de los tipos de cambio, si se decidía que la conversión debía efectuarse en el momento de la apertura del procedimiento y no en el momento de presentación del crédito o de la distribución, el importe del crédito podría experimentar notables variaciones. No recibió apoyo la propuesta de efectuar la conversión cuando dejaran de devengar intereses los créditos a cobrar, por ejemplo en el momento de apertura del procedimiento. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que en el proyecto de guía se pusiera de relieve esta cuestión y se especificaran todas las posibles opciones sin apoyar explícitamente ninguna de ellas.

107. La propuesta de que la lista de créditos no fuera preparada por el tribunal sino por el representante de la insolvencia recibió amplio apoyo, pues se estimó que se ajustaba al objetivo necesario de reducir las formalidades que entorpecían el proceso de verificación de los créditos. Se señaló que aún podrían reducirse más esas formalidades si se admitían las demandas respaldadas por declaraciones adecuadas, como declaraciones juradas (*affidavit*), previendo sanciones penales en caso de fraude, y si se aceptaban las demandas documentadas con libros de contabilidad correctamente llevados. A pesar de la adhesión general al objetivo de garantizar la eficacia y la simplicidad del procedimiento, se subrayó la necesidad de que el proyecto de guía puntualizara que la decisión del representante de la insolvencia de admitir o rechazar un crédito podía ser apelada ante los tribunales.

108. Se observó que esta solución se basaba excesivamente en los poderes discrecionales del representante de la insolvencia y que, por tanto, podría fácilmente

causar demoras o incluso propiciar la colusión entre el representante de la insolvencia y el deudor, minando así la previsibilidad del sistema. Por consiguiente, se sugirió que se admitieran automáticamente los créditos pendientes en el momento de entablarse el procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a un tribunal para impugnar la admisión o la exclusión de un determinado crédito. Se señaló que ese sistema debía complementarse con un mecanismo encaminado a asegurar que todas las partes interesadas tuvieran acceso a suficiente información sobre los créditos admitidos automáticamente.

109. El Grupo de Trabajo reconoció las ventajas de un sistema que previera la admisión automática de créditos. Se observó que con tal sistema se evitarían muchas de las dificultades que tenía el representante de la insolvencia al principio del procedimiento cuando debía decidir qué acreedores podían participar y votar en las asambleas celebradas en la fase inicial del procedimiento. Tras un debate, se decidió que ambas opciones figuraran en el proyecto de guía como posibles soluciones.

110. Se expresaron diversas opiniones sobre los tipos de créditos que debían excluirse. Se observó que si bien actualmente en muchos países se excluían los créditos extranjeros de tipo fiscal, nada impedía a los legisladores prever, si lo deseaban, la admisión de este tipo de créditos. Aunque se sugirió tratar de idéntico modo los créditos de tipo fiscal extranjeros y nacionales, prevaleció la opinión de que en el proyecto de guía se propusieran a los legisladores las diversas opciones posibles sin recomendarles que se inclinaran por una de ellas. También se subrayó la necesidad de que el proyecto de guía se ajustara al texto de la nota 2 a pie de página del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza en el sentido de que la igualdad del trato dispensado a los acreedores extranjeros respecto de los nacionales no era óbice para que se excluyeran del procedimiento de insolvencia los créditos extranjeros relativos a obligaciones tributarias o de seguridad social.

111. Con respecto a la exclusión de las multas y sanciones, se apoyó la propuesta de hacer una distinción entre las multas y sanciones de carácter estrictamente administrativo o punitivo (como las multas impuestas por haber cometido un delito administrativo o penal) y las multas y sanciones de carácter compensatorio. Si bien el Grupo de Trabajo consideró en general justificadas las exclusiones del primer tipo de multas y sanciones, se estimó que no había motivos para excluir los créditos correspondientes al segundo tipo de multas y sanciones. Según otra opinión, no había ningún motivo racional para apoyar la exclusión de las multas y sanciones dado que, salvo si eran demostrables, no podían cobrarse a menos que no estuvieran sujetas a la suspensión del procedimiento. Frente a este argumento, se observó que esa exclusión podía justificarse por la necesidad de incrementar los bienes disponibles para los acreedores con créditos no garantizados.

112. En cuanto a las deudas por motivos de juego, se señaló que en la mayoría de los regímenes esas deudas no se admitían por considerarse que emanaban de actividades ilegales. En consecuencia, se decidió que el proyecto de guía se atuviera al principio general de que no podían admitirse los créditos derivados de actividades que el derecho interno considerara ilegales y que por tanto no eran ejecutables. Además, se observó que las exclusiones derivadas de la política oficial también debían quedar al margen del régimen de la insolvencia.

113. Dadas las distintas opciones de política que podrían apoyar cada una de esas exclusiones, se sugirió que en el proyecto de guía se indicaran ejemplos de los tipos de créditos que los legisladores tal vez desearan excluir y los distintos criterios que podrían adoptarse desde el punto de vista del régimen de la insolvencia.

114. Se sugirió que se previera un régimen especial para los créditos de personas relacionadas con el deudor conforme al cual éstos quedaran subordinados a todos los demás créditos y sus titulares no tuvieran derecho de voto. En respuesta a esta opinión se observó que el proyecto de guía no debía sugerir la forma concreta de regular esos créditos sino tan sólo recordar a los legisladores la necesidad de tenerlos en cuenta.

115. Con respecto a la presentación de créditos garantizados, según una opinión esos créditos debían admitirse con carácter provisional debido a las dificultades que planteaba la valoración de los bienes dados en garantía al comienzo del procedimiento. A este respecto, se señaló que sería útil prever la presentación de créditos garantizados, incluso a título provisional, porque así el representante de la insolvencia estaría informado de la existencia de esos créditos.

116. Recibió apoyo general la propuesta de que en el proyecto de guía se indicara claramente la existencia de distintas categorías de acreedores, cada una de las cuales estaba caracterizadas por sus propios derechos y privilegios. Si bien se consideró inapropiado que el proyecto de guía sugiriera las categorías que debían gozar de prelación o la forma de tratar cada una de esas categorías, prevaleció la opinión de que convenía recomendar a los legisladores que especificaran claramente las categorías admitidas, así como los privilegios de que gozara cada una de ellas. También se consideró que las legislaciones debían señalar también claramente toda diferencia de trato según si el procedimiento era de liquidación o de reorganización. El Grupo de Trabajo consideró que, como criterio general, el proyecto de guía debía recomendar el trato igualitario de todos los acreedores y especificar claramente las razones de política aducidas para justificar cualquier excepción. También se apoyó la sugerencia de incluir en el proyecto de guía una referencia a los efectos financieros y económicos de los diversos criterios que podían adoptarse a nivel legislativo.

117. En cuanto a la regulación de los préstamos concedidos por los accionistas, se expresó la opinión de que esos préstamos debían estar sujetos a un régimen que tuviera en cuenta las razones concretas por las que solían concederse esos préstamos, que no serían necesariamente las mismas que en el caso de los préstamos otorgados por otras entidades. Como observación general, se señaló que el proyecto de guía debía informar a los legisladores de las posibles repercusiones que podían tener las disposiciones legislativas a nivel de gestión empresarial.

118. Recibió apoyo considerable la sugerencia de que el proyecto de guía abordara la regulación de las obligaciones mancomunadas en el régimen de la insolvencia. En particular, se sugirió que especificara la forma en que la apertura del procedimiento de insolvencia afectaría al derecho de un acreedor a ejecutar su crédito frente a uno o varios deudores mancomunados que no fueran los que estaban sujetos al procedimiento. A ese respecto, se opinó también que en el proyecto de guía convendría regular la figura del garante, así como la eventualidad de que éste también fuera insolvente.

119. Se opinó asimismo que el proyecto de guía debería recomendar la reglamentación específica de los créditos no garantizados adquiridos después del inicio del procedimiento de insolvencia, esbozando los distintos enfoques adoptados en diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, se sugirió que la cuestión de la compensación era crucial para asegurar la igualdad del trato dispensado a todos los acreedores, por lo que en el régimen de la insolvencia debía ser tratada como aspecto específico de los créditos de los acreedores.

120. Por último, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si el régimen de la insolvencia debía prever un mecanismo para regular lo que en algunos ordenamientos jurídicos se denominaba "subordinación equitativa". Se señaló que en los ordenamientos que permitían la subordinación de un crédito a otros, el mecanismo tenía la finalidad de garantizar que los acreedores fueran tratados en pie de igualdad mediante la reparación o la compensación cuando un crédito supusiera una injusticia o una inequidad para los demás acreedores en el contexto de un procedimiento de insolvencia. Se aclaró además que ese mecanismo se consideraba de carácter excepcional y que sólo podía recurrirse a él en circunstancias concretas y cuando la parte interesada lo solicitara al tribunal. Se observó que para poder utilizar ese recurso era necesario que la conducta inequitativa del acreedor titular del crédito controvertido hubiera perjudicado a otros acreedores o hubiera permitido a aquél obtener una ventaja inequitativa y que la decisión del juez en favor de los acreedores perjudicados no fuera incompatible con el régimen de la insolvencia. Se mencionaron algunas situaciones en que el juez podía fallar en este sentido, concretamente cuando un fiduciario del deudor utilizara su posición en perjuicio de otros acreedores, cuando un tercero controlara al deudor causando perjuicios a otros acreedores (por ejemplo, amenazando con retirar sus fondos para forzar el cierre de la empresa), o cuando un tercero defraudara a otros acreedores (por ejemplo, presentando información que indujera a error). Por último, se señaló que el otorgamiento de la subordinación del crédito controvertido se limitaba a un valor equivalente al daño causado por la conducta inequitativa y que este recurso no podría utilizarse en relación con el ejercicio de los derechos normales que confiriera la ley o un contrato al acreedor a menos que se demostrara su conducta indebida.

d) Juntas de acreedores

121. Se expresaron diversas opiniones sobre el papel que podían desempeñar las juntas de acreedores. Según una de las opiniones, las juntas de acreedores podían cumplir una útil función consultiva prestando asistencia al representante, examinando con él las cuestiones difíciles y asesorándolo, aunque sin intervenir directamente en las decisiones. La junta también podría encargarse de supervisar la gestión del representante de la insolvencia o del deudor cuando dispusieran de amplios poderes en la gestión cotidiana del negocio. Según otra opinión, la junta de acreedores podía disponer de mayores atribuciones decisorias. En cuanto al funcionamiento de la junta de acreedores, se señaló la necesidad de que para que la junta se rigiera por normas convenidas era necesario definir claramente sus poderes, así como evitar disputas y garantizar la confidencialidad de las deliberaciones.

122. Se sugirió que la necesidad de constituir una junta podía depender de la naturaleza y la magnitud del caso y de si se trataba de una liquidación o de una reorganización. Se observó que en las liquidaciones no siempre se necesitaban

juntas de acreedores, pero podría haber excepciones como en los casos de venta de la empresa, en que la junta podía aportar una asesoramiento pericial. Conforme a este criterio, se sugirió que en los procedimientos de liquidación la junta tuviera una función consultiva. En cuanto a los procedimientos de reorganización, se observó que por lo general era útil y necesario contar con la colaboración de una junta de acreedores, pero que convenía adoptar un criterio flexible a la hora de determinar sus funciones. Se sugirió que en general la junta desempeñara una función de asesoramiento y se reglamentaran con claridad las posibles excepciones. Por ejemplo, podía preverse que la junta desempeñara una función primordial en la elaboración del plan de reorganización, en la venta de bienes de alto valor, y cuando se lo pidiera el representante de la insolvencia o se lo ordenara el tribunal. En relación con estos cuatro supuestos, se sugirió que la junta estuviera facultada para nombrar a los asesores financieros, jurídicos y de otra índole que fueran necesarios, salvo cuando su función fuera únicamente consultiva.

123. En cuanto a la representación de los acreedores en la junta, se expresó una opinión en el sentido de que se limitara a los mayores acreedores no garantizados y excluyera a los acreedores prioritarios o garantizados. Según otra opinión, la composición de la junta debía determinarse en función del volumen de la deuda y del tipo de la deuda, cuando el tipo de deuda no se determinara en función de si los créditos estaban garantizados o no, sino en función de otros criterios. También se opinó que el régimen de la insolvencia no debía especificar qué acreedores debían estar representados en la junta sino adoptar un criterio flexible que permitiera a los acreedores elegir a sus propios representantes, sobre la base de la voluntad de éstos de participar en la junta, y prever la ampliación y reducción de la junta cuando fuera necesario. Cuando hubiera distintos tipos de acreedores y se requiriera una representación demasiado diversa, se sugirió que se establecieran distintas juntas para representar los intereses de esos tipos de acreedores, pero se subrayó que sólo debía recurrirse a esta opción cuando hubiera intereses especiales como los de acreedores extracontractuales y accionistas. Se sugirió también que el régimen de la insolvencia podía determinar qué partes quedaban excluidas de la junta, como el deudor o las partes relacionadas con éste.

124. Con respecto a la responsabilidad de las juntas de acreedores, se observó que el hecho de que los miembros de la junta no percibiesen remuneración por participar en ella daría la idea de que su grado de responsabilidad era limitado. Si bien se señaló que el hecho de fijar la responsabilidad de las juntas de acreedores podría desmotivar a los acreedores, se estimó conveniente adoptar un criterio basado en la buena fe, en virtud del cual los miembros de la junta gozarían de inmunidad con respecto a los actos que realizaran como miembros de la junta, a menos que se demostrara que habían actuado indebidamente o que habían incumplido una obligación fiduciaria con los acreedores.

e) Financiación posterior a la apertura del procedimiento

125. En general, se observó que para que una empresa en proceso de reorganización pudiera continuar sus operaciones comerciales y reorganizarse con éxito era esencial que tuviera acceso a corrientes de efectivo. Se observó también que cuando la legislación lo permitía, el deudor podía utilizar su garantía en efectivo para obtener financiación, pero cuando eso no era posible la financiación posterior a la apertura del procedimiento tendría que obtenerse de alguna otra manera. Se dieron ejemplos

de una “máxima prelación” (prelación respecto de los gastos de administración) y de “gravamen prioritario” (con prelación respecto de todas las garantías reales, pero otorgado muy rara vez sin el consentimiento del acreedor garantizado). Se indicó que la financiación posterior a la apertura del procedimiento procedía por lo general de dos clases de prestamistas. En la primera clase figuraban los prestamistas anteriores a la insolvencia que tenían una relación permanente con la empresa y que probablemente anticiparían más fondos con objeto de proteger los créditos que ya tenían e incluso obtener una mayor ganancia derivada de las tasas más altas que cobrarían por el nuevo préstamo. Se señaló que esa fuente de financiación era la más común. La segunda clase de prestamistas eran los que no habían tenido vinculación alguna con la empresa en el período anterior a la insolvencia y cuya única motivación era probablemente la posibilidad de obtener grandes ganancias. Se observó que los incentivos para ambas clases de prestamistas eran la previsibilidad del reconocimiento otorgado al préstamo posterior a la solicitud de procedimiento y, con respecto a los prestamistas anteriores, la confianza en que su relación con el deudor y las condiciones de los préstamos que hubiesen concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarían.

126. Se expresó cierta preocupación con respecto a las dos formas de prelación mencionadas. Se sugirió que la posibilidad de establecer gravámenes prioritarios podría socavar la disponibilidad de crédito para las empresas en general. Únicamente los acreedores garantizados que se viesen afectados por el gravamen podían aceptar ser desplazados por tales clases de garantías. En consecuencia, la decisión de obtener esa financiación no podía ser adoptada únicamente por el tribunal, el representante de la insolvencia o los acreedores en general. También se expresó preocupación acerca de la manera de tratar esa clase de prelación en caso de que la reorganización fallara y se pasara al procedimiento de liquidación, particularmente con respecto a la prelación establecida de los gastos de administración. Se indicó que era necesario hacer una distinción, en cuanto a la obtención de financiación, entre las diversas etapas del proceso de reorganización, como el período posterior a la solicitud de procedimiento y los períodos anterior y posterior al plan de reorganización, de los cuales únicamente el último se abordaría en el plan. Se preguntó si la cuestión de la financiación posterior a la apertura del procedimiento no sería tal vez pertinente también en el caso de la venta de la empresa en el contexto de la liquidación.

f) Reorganización

127. Al comienzo del debate, se sugirió que en el proyecto de guía se examinaran las razones por las que era conveniente efectuar la reorganización, así como la necesidad de que algunos países eliminaran los obstáculos jurídicos que impedían la formulación de procedimientos flexibles de reorganización que tuvieran en cuenta las ventajas y los inconvenientes de los distintos procedimientos en combinaciones que permitieran lograr el objetivo de optimizar el valor del patrimonio.

128. El Grupo de Trabajo examinó la evolución de los mercados de compradores de deudas. En estos mercados se hacían cada vez más negocios con deudas y esto a su vez había influido en la actitud de los interesados respecto de los procedimientos de reorganización. Se señaló que en los últimos 20 años las prácticas bancarias habían cambiado notablemente y los bancos vendían cada vez más sus créditos para

afrontar mejor sus riesgos y obtener liquidez, en vez de esperar largo tiempo para recibir un dividendo en un procedimiento de insolvencia. Se observó que esa tendencia podía complicar considerablemente los procedimientos de insolvencia, ya que las partes que negociaran un acuerdo de reorganización podían cambiar en el curso del proceso de negociación y porque los objetivos e intereses de esos compradores secundarios de deudas podían diferir de los de los acreedores iniciales, particularmente si daban mayor importancia a la obtención de un beneficio de su deuda adquirida que al rescate de la empresa y al mantenimiento de la actividad y de las relaciones comerciales de la empresa.

129. Si bien era evidente que no era indispensable modificar el régimen de la insolvencia para hacer frente a esta tendencia (y no se dieron ejemplos de eventuales modificaciones), se señaló que la nueva situación repercutía en el procedimiento de insolvencia, concretamente en la composición de las juntas de acreedores y en la relación con las partes que compraran la deuda al deudor. Se observó que si se permitía la participación de esos compradores en las juntas de acreedores, podía plantearse el problema del acceso a información confidencial de la que aquéllos podrían servirse para sus negocios. También existía el riesgo de que los compradores de deudas dieran una indicación falsa del valor probable de los dividendos para alentar a los acreedores a vender a un precio rebajado en la fase inicial del procedimiento. Otro problema era el de si las partes relacionadas con el deudor podían comprar créditos y, de ser así, qué mecanismos convendría adoptar para hacer frente a posibles problemas. Se sugirió como ejemplo que el crédito del comprador de la deuda respecto del patrimonio se limitara a la cantidad efectivamente pagada por la deuda y no se tuviera en cuenta el valor nominal de la deuda, cuando un tercero no relacionado con el comprador reclamara el valor nominal de la deuda. Otro mecanismo consistiría en excluir a esas partes de las votaciones sobre el plan de reorganización.

130. El Grupo de Trabajo examinó los distintos modos en que se regulaba el marco esencial de la reorganización en los regímenes de la insolvencia. Se destacaron dos modelos, aunque se señaló que algunas cuestiones se regulaban de modo similar en los distintos modelos. Se observó que uno de los modelos tenía como criterio fundamental la protección adecuada de los acreedores garantizados. Según ese modelo, las cuestiones de gestión requerirían una mayor intervención de los tribunales; existía el requisito de aplicación de la suspensión o paralización del procedimiento, con distintas formas de regular el período de vigencia de la suspensión y el período durante el cual podían evaluarse los negocios; y se preveían disposiciones para que los acreedores disconformes quedaran vinculados por el plan cuando el crédito garantizado estuviera debidamente previsto y dicha vinculación redundara en beneficio de todos los participantes en el procedimiento (cláusula *cram-down*, es decir, de imposición).

131. El otro modelo, que se utilizaba en los regímenes que tradicionalmente daban una gran protección a los acreedores garantizados, no solía prever la suspensión del procedimiento, o lo preveía de forma limitada; en este último caso, el período de moratoria se utilizaba para determinar si la reorganización podía ser más rentable que la liquidación. El representante de la insolvencia se encargaba normalmente de las cuestiones de gestión; había una menor intervención judicial que en el primer modelo, dado que no se planteaba la cuestión de la protección adecuada de los acreedores garantizados; y se evitaban soluciones que entrañaran una imposición a

los acreedores garantizados. Esto se debía a que en el modelo de los acreedores garantizados se daba por sentado que en general estos acreedores no se opondrían al plan de reorganización si se les demostraba que se beneficiarían más con una reorganización que con una liquidación.

132. Se planteó la cuestión de cómo debía regularse la venta de una empresa como entidad operacional y, en particular, si había que tratar esa venta en el contexto de una liquidación o de una reorganización. Ésta era una de las interrogantes que se planteaban al Grupo de Trabajo en el informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa (A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, texto que sigue al párrafo 189). Se subrayó que la venta de una empresa como negocio en marcha no era incompatible con la liquidación y que también podía ser una opción viable en caso de reorganización. Se convino en que al debatir esta cuestión no se hiciera una distinción rigurosa entre ambos procedimientos y que debía poderse recurrir a cualquier procedimiento apropiado que permitiese maximizar el valor del patrimonio.

i) Preparación de un plan

133. Se examinaron diversas opciones para la preparación del plan de reorganización. Se sugirió que esta tarea se encomendara al representante de la insolvencia, quien, al ser normalmente una persona independiente, abordaría la tarea con un criterio objetivo, no necesariamente dictado por el deudor o los acreedores. Sin embargo, se observó que el representante de la insolvencia rara vez preparaba el plan sin consultar a las partes interesadas. Según otra opinión, debía hacerse una distinción entre el modelo del acreedor garantizado, en que se nombraba a un representante de la insolvencia que podía preparar el plan, y el modelo del deudor en posesión de la empresa, según el cual se dividía la responsabilidad entre el deudor y los acreedores. Se sugirió que era necesario lograr un equilibrio entre la libertad conferida a las partes para preparar el plan y las restricciones que necesariamente implicaba el proceso, como los requisitos de votación, los plazos para la preparación del plan, la modificación del plan y otras consideraciones de procedimiento.

134. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de adoptar un criterio flexible al decidir quién debía preparar el plan. En algunos casos, podría convenir que el deudor o su representante preparara el plan y que para ello dispusiera de un plazo de exclusividad; esta opción podría dar al deudor un incentivo para entablar el procedimiento sin demora. Sin embargo, al tiempo que se daba este incentivo, debía procurarse obtener la confianza de los acreedores en el deudor y en su propuesta. En otros casos, la junta de acreedores o un determinado acreedor podía encargarse de preparar el plan. La tercera opción consistía en encomendar la preparación del plan a un representante de la insolvencia.

135. Sobre la cuestión del momento en que debía prepararse el plan, se expresó la opinión de que no debía ser el de la apertura del procedimiento, ya que en tal caso el plan podía carecer de sustancia, prejuzgar el procedimiento y causar demoras. Según otra opinión, el plan debía prepararse durante el período de observación posterior a la apertura del procedimiento. Se opinó asimismo que era preferible preparar el plan antes de la solicitud de procedimiento. Tras un debate, se convino en que en la Guía no se exigiera que el plan se preparara antes de la apertura del procedimiento, pero sin excluir esa opción.

ii) Contenido del plan

136. Según la opinión general, el plan debía proporcionar un mínimo de información para garantizar la transparencia y la confianza en el proceso. Se sugirió que, pese a la importancia de la transparencia, era preciso tener en cuenta los problemas de confidencialidad que planteaba el acceso de los acreedores a información comercial delicada que no debiera trascender; se señaló que cuando el plan era aprobado por el tribunal esa información se consignaba por lo general en los registros públicos durante alguna fase del procedimiento, pero el tribunal debía velar por proteger la información confidencial. Se sugirió que entre la información recogida en el plan figurara una exposición de la situación financiera del deudor, con pormenores sobre su activo y su pasivo y su corriente de efectivo; información detallada sobre las propuestas concretas incluidas en el plan; datos concretos sobre lo que percibirían los acreedores y explicaciones sobre por qué percibirían más que en una liquidación; y la forma en que la empresa podría mantener sus operaciones comerciales y reorganizarse con éxito. Se observó que el plan no podía prever ninguna acción ilegal o contraria al derecho (véase A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, párr. 176), y a este respecto se citó otro ejemplo, a saber, la legislación tributaria. No obstante, se señaló también que podría haber leyes que impidieran la aplicación de las eventuales propuestas contenidas en el plan y se dio como ejemplo la legislación sobre inversiones directas extranjeras o las limitaciones de las operaciones con divisas. Dado que algunos regímenes de la insolvencia preveían que en ciertas circunstancias podían hacerse excepciones a esas disposiciones o preveían métodos rápidos de aprobación, se sugirió que en el proyecto de guía se planteara esta cuestión. También se sugirió que en el informe del Secretario General podían abordarse algunas de las cuestiones de procedimiento (véase A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, texto que sigue al párrafo 189), a fin de velar por que los procedimientos que habían de aplicarse para aprobar y ejecutar el plan quedaran claros.

137. Se señaló que si se permitía que los derechos de los acreedores garantizados se vieran afectados por el plan, podrían disminuir las posibilidades de obtener crédito, y que en el proyecto de guía debería advertirse de tal consecuencia.

138. Con respecto a la protección de los intereses de los acreedores minoritarios, se formuló la pregunta de si esa cuestión debía reglamentarse en el plan o en la legislación sobre la insolvencia. Se sugirió que para asegurar la observancia del procedimiento, era importante que los acreedores mayoritarios no pudieran menoscabar injustamente los derechos de los acreedores minoritarios.

iii) Aprobación y efecto del plan

139. Con respecto a los criterios para votar sobre el plan, se expresó la opinión de que para alentar las corrientes transfronterizas de capital era preciso reglamentar con claridad los derechos de las distintas categorías de acreedores, particularmente la posibilidad de que los acreedores votaran sobre un plan o de que se negaran a aceptarlo. Se sugirió que la votación se realizara únicamente en función de los intereses económicos y que sólo se permitiera votar a las partes que tuvieran tales intereses. Se apoyó la idea de que la mayoría de votos requeridos correspondiera a la del valor de los créditos, así como a la del número de acreedores; también se apoyó la propuesta de que sólo pudiera aprobarse el plan con una amplísima

mayoría para que contara con el apoyo suficiente para asegurar su ejecución. Esta propuesta se consideró particularmente importante cuando los acreedores disconformes pudieran quedar vinculados por el plan.

140. En cuanto a las razones que los acreedores podían aducir para impugnar el plan, se observó que dado que todos los acreedores se verían perjudicados por el procedimiento, convenía que el acreedor que impugnara el plan demostrara que la aplicación del plan le causaría mayores daños y perjuicios que a otros acreedores o a otras categorías de acreedores.

141. Con respecto a la división de los acreedores en categorías y a los criterios que debían tenerse en cuenta, se puso de relieve que si no había ninguna razón imperativa para establecer categorías especiales, era conveniente agrupar en una única categoría a todos los acreedores no garantizados en general. No obstante, se señaló que la legislación de un país preveía criterios para incluir a acreedores garantizados en esa misma categoría si los intereses de esos acreedores eran suficientemente similares y, por lo tanto, comunes a los intereses de los acreedores no garantizados. Para equiparar esos intereses debían tenerse en cuenta los siguientes factores: la naturaleza de las deudas de las que emanaban los créditos; la naturaleza y la prelación de la garantía con respecto a los créditos; los recursos de que disponían los acreedores a falta de propuesta y las posibilidades que tenían de cobrar sus créditos mediante esos recursos; la reglamentación de los créditos en la propuesta y las condiciones para el cobro de los créditos que preveía la propuesta; y otros criterios prescritos.

142. Se sugirió que en el proyecto de guía se abordara el supuesto de que el plan no fuera aprobado y la posibilidad de que, ello diera lugar a que las partes pudieran proponer otro plan, se entablara automáticamente un procedimiento de liquidación, los acreedores presentaran demandas o se produjera cualquier otra consecuencia. Según una opinión, si existía la posibilidad de transformar automáticamente la reorganización en liquidación, el deudor tal vez no tendría incentivos para proponer un plan, lo cual iría totalmente en contra de uno de los objetivos fundamentales de todo régimen de la insolvencia. Según otra opinión, si se permitía que cada acreedor presentara demandas podía desencadenarse una pugna por los bienes de la empresa insolvente; esa pugna era precisamente lo que se trataba de evitar con la apertura de procedimientos colectivos y era, por lo demás, incompatible con el objetivo de maximización del valor del patrimonio de la insolvencia. Difiriendo de esta opinión, se sostuvo que una vez rechazado un plan, toda solución que no entrañara automáticamente la liquidación podía causar demoras, reducir aun más el valor del patrimonio y prolongar indefinidamente el procedimiento. Con la liquidación automática se dispondría de un procedimiento en que se distribuirían los bienes con criterios de igualdad y conforme al régimen de la insolvencia. Se sugirió una solución de avenencia consistente en conceder un plazo a los acreedores para proponer otro plan y prever únicamente la liquidación cuando no pudiera prepararse ningún plan.

143. Con respecto al procedimiento de aprobación, se señaló que no todos los países exigían la confirmación judicial del plan aprobado por los acreedores; en algunos regímenes, para que el plan quedara aprobado bastaba con que la mayoría requerida de acreedores lo hubiera refrendado. Se observó asimismo que en algunos países la función del tribunal estaba a cargo de una entidad administrativa. Se podía proteger a los acreedores minoritarios permitiéndoles impugnar el plan ante los

tribunales y en algunas legislaciones se fijaban criterios de referencia para juzgar la disconformidad de esos acreedores.

5. Liquidación y distribución

Prioridades en el contexto de la distribución

144. Se expresó la opinión general de que en el proyecto de guía debía recomendarse que la prelación en el contexto de la distribución no sólo se determinara con claridad, sino también se disminuyera lo más posible con miras a preservar la previsibilidad y la eficiencia del régimen de la insolvencia y promover la disponibilidad de crédito. Se señaló que cuanto mayor fuera el número de derechos prioritarios reconocidos por ley, más amplio sería el alcance de las discusiones que muy probablemente surgirían para determinar los privilegios de las diferentes categorías preferentes. No obstante, también se sugirió que al tratar los derechos prioritarios se distinguiera entre los que pudiesen tener los acreedores garantizados como resultado de una negociación o tras la apertura del procedimiento (como los relativos a disponer financiación después de la apertura) y los de los acreedores no garantizados en general.

145. El Grupo de Trabajo convino en que debía recomendarse que en el régimen de la insolvencia se mencionara concretamente todo derecho de prelación, independientemente de que la razón normativa que le sirviera de base se encontrara en el propio régimen de la insolvencia o en otras leyes. También se estuvo de acuerdo en que no sería apropiado que en el proyecto de guía se sugiriera qué derechos prioritarios habían de incluirse o excluirse. Además, se convino en que debían mencionarse expresamente las consecuencias financieras y económicas de incorporar derechos de prelación (a saber, la reducción de la cuantía de los bienes disponibles para pagar deudas no garantizadas).

146. Con respecto al establecimiento de un derecho general de máxima prioridad, tanto para los acreedores garantizados como para los no garantizados, la opinión mayoritaria fue que esa clase de prelación interferiría considerablemente con los derechos de los acreedores garantizados y, por consiguiente, debía apoyarse en consideraciones sólidas de política pública.

147. El Grupo de Trabajo examinó el tratamiento de los gastos que surgían durante el procedimiento de insolvencia. Se señaló que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos esos créditos revestían máxima prioridad porque se les consideraba de índole administrativa, lo que con frecuencia tenía consecuencias significativas para el patrimonio de la insolvencia. Si bien se reconoció que el tratamiento específico de esa cuestión estaba vinculado a la infraestructura básica del régimen, se expresaron diversas opiniones en el sentido de reducir las consecuencias de esas reclamaciones para la masa patrimonial. No se prestó apoyo a la sugerencia de que se pusiera un límite máximo a la cuantía de los gastos. En cambio, predominó la opinión de que se debían esbozar criterios precisos, aunque flexibles, para tener en cuenta esos gastos. En particular, se sugirió que debían tenerse en cuenta en función de su utilidad para aumentar el valor del patrimonio en general en beneficio de todos los interesados. Una sugerencia análoga fue que esos gastos se permitieran únicamente cuando se consideraran no sólo razonables y necesarios, sino también compatibles con los objetivos del procedimiento. También se sugirió determinar si

el gasto era razonable en función de los recursos disponibles y de sus posibles efectos en el procedimiento.

148. En cuanto a la autoridad que debía determinar si el gasto era apropiado y razonable, una de las opiniones fue que para realizar gastos había que contar con la autorización previa del tribunal. Según una opinión análoga, se necesitaba autorización previa del tribunal si se trataba de actos ajenos a la marcha ordinaria del negocio. No obstante, predominó la opinión de que eran los acreedores los que debían determinarlo, con miras también a garantizar la transparencia del procedimiento y siempre y cuando se dispusiese de un recurso judicial para impugnar la decisión de los acreedores.

149. En respuesta a esas sugerencias, se aclaró que debía hacerse una distinción, entre por una parte, los honorarios del representante de la insolvencia y de los demás profesionales que participaban en el procedimiento y, por otra, los gastos por concepto de funcionamiento de la empresa y puesta en marcha del procedimiento.

150. Como sugerencia general, se indicó que en el proyecto de guía debían abordarse las situaciones en que no se disponía de bienes o el valor de éstos era muy limitado. Se observó que había diferentes criterios: si bien en algunos regímenes se daba por terminado de inmediato el procedimiento cuando el tribunal determinaba que no había bienes, en otros se disponía que no se adoptara medida alguna y en otros se preveía el nombramiento de un síndico oficial. Se sugirió que en esos casos los honorarios del representante de la insolvencia podían pagarse deduciéndolos de sus aportes en concepto de impuestos personales. En respuesta a esa sugerencia, se indicó que ello daría lugar a que los honorarios del representante de la insolvencia fuesen sufragados por el Estado y no por el patrimonio de la insolvencia. Tampoco se apoyó la opinión de que, cuando se tratara de un crédito fiscal pertinente, debía encomendarse a las autoridades fiscales la tarea de administrar el procedimiento de insolvencia.

151. En cuanto al orden en que se trataban esas cuestiones en el proyecto de guía, se sugirió que los créditos administrativos se abordaran antes que los créditos garantizados, habida cuenta de que se reconocía ampliamente la prelación de los primeros. En respuesta a esa sugerencia se observó que en algunos ordenamientos jurídicos podía aplicarse un criterio diferente, por lo que no debía modificarse el orden del texto.

152. Otra sugerencia fue que en el párrafo 195 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 se sustituyera el término “propietarios” por el término “accionistas”. En respuesta a esa sugerencia se observó que si se hablaba de accionistas o socios se tenía únicamente en cuenta la situación de un deudor establecido como sociedad de responsabilidad limitada y que era necesario utilizar un término más amplio y neutro para abarcar todas las posibilidades de financiación concedida por iniciados.

153. Con respecto al privilegio otorgado a los sueldos y beneficios de los empleados, se observó que prever un régimen de garantía social redundaría en beneficio del patrimonio de la insolvencia, ya que permitiría que esos créditos quedaran excluidos de la distribución de los bienes. No obstante, se aclaró que eso exigiría que la institución de bienestar social que garantizara esos créditos no tuviera la misma prelación que los empleados frente al patrimonio de la insolvencia.

Se opinó también que en el proyecto de guía debían señalarse las soluciones a que se recurría en distintos ordenamientos jurídicos.

154. Se opinó que si bien la prelación de los acreedores garantizados estaba establecida en el derecho sustantivo, debía mencionarse en la sección del régimen de la insolvencia dedicada a las cuestiones de prelación, pues ello aclararía la cuestión para los ordenamientos jurídicos en que era necesario reforzar la estabilidad y confiabilidad de la actividad crediticia.

155. En general se respaldó la sugerencia de que en el proyecto de guía se abordara concretamente la cuestión de la terminación del procedimiento, tanto en cuanto al momento en que se produciría como a sus efectos.

IV. Otros posibles procesos oficiosos de insolvencia

156. El Grupo de Trabajo examinó el informe del Secretario General sobre otros enfoques de los procesos de insolvencia extrajudiciales (A/CN.9/WG.V/WP.55) y la posible labor que podría emprender en materia de procedimientos oficiosos de insolvencia, teniendo en cuenta la labor realizada por otras organizaciones sobre este tema y las tendencias internacionales a fomentar los procedimientos informales que representaban opciones distintas de los procedimientos formales y que resultaban particularmente útiles en los casos de insolvencia internacional.

157. El Grupo de Trabajo acordó en general que era conveniente ocuparse de los procedimientos oficiosos de insolvencia, tomando nota de que si bien esos procedimientos se ajustaban al marco de los procedimientos formales, podían dar flexibilidad a los regímenes de la insolvencia, brindar nuevos recursos que permitieran depender menos de la infraestructura judicial, permitir que los acreedores pudieran reaccionar antes y con mayor previsión de lo que normalmente era posible en los regímenes formales, y evitar la deshonra que acompañaba a menudo la insolvencia. Se observó que a causa de la creciente globalización de los mercados y del aumento del comercio con deudas había una mayor diversidad de acreedores que participaban en procedimientos internacionales de reorganización. Todos estos acreedores tenían distintos intereses y objetivos frente al deudor, los cuales no siempre coincidían con los intereses y objetivos de otros importantes proveedores de crédito y a veces iban en detrimento de la reorganización.

158. El Grupo de Trabajo examinó las diversas formas que podían revestir esos procedimientos oficiosos. Se señaló que había toda una gama de procesos semioficiosos que iban desde los que se basaban en un marco de negociación colectiva sin intervención del sistema judicial ni efectos vinculantes (aunque contando con la existencia de un sistema formal eficiente y eficaz como medio de presión) hasta los que utilizaban un mecanismo de administración judicial para ejecutar un plan concertado en negociaciones oficiosas y vincular a los acreedores a ese plan. Se sugirió que cuando las negociaciones tuvieran lugar fuera del marco judicial y el deudor y la mayoría de los acreedores dieran su visto bueno al plan, se utilizara un mecanismo rápido para el proceso de aprobación.

159. Con respecto a los procesos totalmente oficiosos, se sugirió que el Grupo de Trabajo examinara la labor que realizaban otras organizaciones, como la Declaración de Principios del Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) para un enfoque

mundial de las soluciones con múltiples acreedores (enunciada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.55, párrs. 10 a 21) y otros tipos similares de directrices. Con respecto a los procedimientos en que se combinaban elementos informales y formales, el Grupo de Trabajo tal vez deseara estudiar cómo se habían desarrollado estos procedimientos en el mundo y examinar en particular la función que desempeñaban las autoridades judiciales y administrativas, así como el momento en que se producía la intervención.

160. Con respecto a los marcos administrativos, se tomó nota de tres tipos de experiencias y se sugirió que en el proyecto de guía se examinaran los ejemplos pertinentes y las circunstancias en que habían resultado útiles y los casos en que cabría aplicarlos en el futuro. En particular, se señaló que los marcos administrativos habían sido útiles en situaciones en que los tribunales no eran las entidades adecuadas para resolver las cuestiones o estaban simplemente desbordados por la magnitud del fracaso del sistema.

161. Se señaló que algunas de estas consideraciones guardaban relación con la guía legislativa sobre el régimen formal de la insolvencia que preparaba el Grupo de Trabajo y que convendría estudiar la forma de lograr una vinculación entre los procedimientos oficiosos y el proyecto de guía. En particular, se sugirió que en el proyecto de guía se estudiaran las distintas opciones, se expusieran las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y se indicara el modo en que podían integrarse en un régimen de reorganización. A este respecto, se observó que cuanto mayor era la precariedad financiera del deudor, más difícil resultaba hallar la solución apropiada. Por ejemplo, cuando entre los acreedores figuraban bancos aislados, había probabilidades de que el deudor pudiera negociar oficiosamente con un banco y resolver sus dificultades sin intervención de los acreedores comerciales. En cambio, cuando la situación financiera era más compleja y requería la intervención de numerosos acreedores de distintos tipos, era necesario recurrir a un procedimiento más formal. Se sugirió que se presentaran de este modo a los legisladores las distintas posibilidades existentes y los procedimientos a que podía recurrirse. Se convino en que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta esas consideraciones al preparar las secciones del proyecto de guía relativas a la reorganización y en particular que en el proyecto de guía se abordara la cuestión de los procedimientos de reorganización expeditos para llevar a cabo reestructuraciones del tipo descrito en el documento A/CN.9/WG.V/WP.55 (incluidos los arreglos de ámbito tanto transfronterizo como interno).

B. Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add.1 y 2) [Original: inglés]

A/CN.9/WG.V/WP.54

Índice

	Párrafos	*Página*
Antecedentes	1-9	360
Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	10-22	362
Introducción	10-15	362
1. Estructura y alcance de la Guía	10-13	362
2. Terminología utilizada en la Guía y función de las definiciones	14-15	363
3. Definiciones		364
Primera parte. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente	16-22	366
1. Maximizar el valor de los bienes	16	366
2. Hallar el punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización	17	367
3. Trato equitativo	18	367
4. Garantizar la apertura del procedimiento y la solución de las insolvencias en forma oportuna, eficiente e imparcial	19	367
5. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor	20	368
6. Establecer un procedimiento previsible y transparente	21	368
7. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza	22	368

[Las partes segunda y tercera del proyecto de guía legislativa figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 y 2, respectivamente.]

Antecedentes

1. En su 32º período de sesiones (1999), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en lo que respecta al régimen de la insolvencia. La propuesta hacía referencia a las recientes crisis financieras regionales y mundiales y a la labor emprendida en foros internacionales para hacer frente a esas crisis. En los informes sobre esos foros se subrayó la necesidad de reforzar el sistema financiero internacional en tres aspectos: la transparencia, la responsabilidad en su funcionamiento, y la gestión de las crisis financieras internacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales. Según esos informes, era importante disponer de fuertes regímenes que regularan la insolvencia y las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores a fin de prevenir o limitar las crisis financieras y para facilitar la solución rápida y correcta de las situaciones de excesivo endeudamiento. En la propuesta se recomendaba que se incluyera el régimen de la insolvencia en el programa de la Comisión, que era un foro apropiado a causa de su composición universal y de su fructífera labor sobre la cuestión de la insolvencia transfronteriza, así como de las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales que tenían experiencia e interés en el tema de la insolvencia.

2. La Comisión expresó su reconocimiento por la propuesta. Señaló que otras organizaciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Asociación Internacional de Abogados, habían iniciado proyectos sobre la elaboración de normas y principios para regímenes de insolvencia. La Comisión señaló asimismo que si bien el alcance de los objetivos y los métodos de trabajo de esas organizaciones diferían a consecuencia de sus respectivos mandatos y de su composición, el objetivo general de todas ellas era modernizar las prácticas y leyes de insolvencia. Las iniciativas adoptadas en esas organizaciones demostraban la necesidad de ayudar a los Estados a reevaluar sus leyes y prácticas de insolvencia. No obstante, era preciso también reforzar eventualmente la coordinación de esas diversas iniciativas a fin de evitar la duplicación ineficiente de las tareas y de obtener resultados coherentes.

3. En la Comisión se reconoció lo importante que era para todos los países disponer de sólidos regímenes de insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia adoptado por un país se había convertido en factor decisivo a la hora de evaluar las posibilidades de crédito internacional. Sin embargo, se expresó preocupación por las dificultades que planteaba la labor a nivel internacional sobre legislación de insolvencia, a causa de los conflictos entre opciones sociopolíticas delicadas y posiblemente divergentes. Se afirmó que con toda probabilidad no era factible elaborar una ley modelo de aceptación universal y que en toda labor debía adoptarse un criterio flexible para dejar margen a los Estados en la elección de opciones y en sus decisiones. Si bien se apoyó ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar una decisión definitiva por la que se comprometiera a establecer un grupo de trabajo para elaborar legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

4. A fin de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar a un grupo de trabajo para que dedicara un período de sesiones exploratorio a preparar una propuesta de viabilidad para que la Comisión la examinara en su 33º período de sesiones. Ese período de sesiones exploratorio del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia se celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

5. En su 33º período de sesiones, en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo en el informe de su período de sesiones de estudio preliminar (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo la preparación de una descripción general de los objetivos fundamentales y los rasgos esenciales de un régimen firme en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, así como de un procedimiento de reorganización de empresas insolventes por vía extrajudicial, y de una guía legislativa con soluciones flexibles para el logro de esos objetivos y rasgos, incluido un examen de las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada de otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados. En consecuencia, a fin de conocer las opiniones y de beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, se pidió a la Secretaría que organizara un coloquio antes del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo, en colaboración con la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia y la Asociación Internacional de Abogados[1].

6. Ese coloquio se celebró en Viena del 4 al 6 de diciembre de 2000. Estuvo copatrocinado por la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International), que colaboró en su organización junto con la Asociación Internacional de Abogados. El Coloquio contó con unos 150 participantes de 40 países, entre los que figuraron abogados, contables, banqueros, jueces y profesionales en cuestiones de insolvencia, así como representantes de gobiernos y organizaciones internacionales como el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), la Asociación Internacional de Abogados, el Fondo Monetario Internacional, la INSOL International y el Banco Mundial. Tomaron la palabra, entre otros oradores, funcionarios encargados de cuestiones de insolvencia, jueces, profesionales y representantes de organizaciones que han tenido una notable experiencia en derecho de insolvencia e iniciativas de reforma legislativa.

7. Los participantes se pronunciaron mayoritariamente a favor de que la Comisión emprendiera una labor sobre los elementos clave de un régimen eficaz para la insolvencia (véase A/CN.9/495, párr. 34). El Coloquio recomendó encarecidamente que se dejara un margen de unos seis meses para la preparación completa de los documentos que habría de examinar el Grupo de Trabajo. Se observó asimismo que en el mandato dado por la Comisión al Grupo de Trabajo se hacía referencia a la labor en curso o ya realizada por otras organizaciones internacionales y se pedía al Grupo de Trabajo que iniciara su labor después de

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 408.

recibir los informes que preparaban otras organizaciones, como el Banco Mundial. Se informó al Coloquio de que el informe del Banco Mundial estaría concluido a principios de 2001.

8. En vista de todos estos factores, se decidió cambiar las fechas del período de sesiones del Grupo de Trabajo, que en vez de celebrarse del 26 de marzo al 6 de abril de 2001 en Nueva York tendría lugar del 23 de julio al 3 de agosto de 2001 en esa misma ciudad. A reserva de la aprobación de la Comisión, podría celebrarse otro período de sesiones del Grupo de Trabajo del 3 al 14 de diciembre de 2001 en Viena.

9. En el presente informe figuran la introducción, las definiciones y la parte I del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. La parte II, titulada Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, y la tercera parte, titulada Proyecto de disposiciones legislativas, figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2.

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Introducción

1. Estructura y alcance de la Guía

10. El propósito de la presente Guía es ayudar a elaborar marcos jurídicos eficaces y eficientes en materia de insolvencia. El asesoramiento que se presta en la Guía tiene por objeto establecer un equilibrio, por una parte, entre las disposiciones necesarias para promover la pronta utilización de un régimen de insolvencia y las posibilidades de acceso a éste a fin de obtener la máxima utilidad de los activos tangibles e intangibles de una empresa de manera justa y equilibrada para los interesados y evitar la desvalorización provocada por la demora, y por la otra, las diversas cuestiones de interés público.

11. La Guía consta de tres partes[2]. En la parte I se establecen los objetivos fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de la insolvencia. En la parte II se examinan las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia. La segunda parte consta de dos secciones. En la primera sección se ofrece una introducción analítica a las cuestiones que se plantean en cada tema fundamental y se consignan consideraciones y opciones normativas. En la segunda sección figura un resumen de los diferentes planteamientos que se pueden adoptar para abordar las cuestiones estudiadas en la primera sección [y se presentan criterios recomendados]. En la parte III se enuncian disposiciones legislativas encaminadas a aplicar algunos de los criterios presentados en la segunda parte. Esas disposiciones constituyen los elementos esenciales de un marco jurídico eficaz y eficiente de la insolvencia. Se aconseja al usuario que considere las disposiciones legislativas en

[2] El texto que figura entre corchetes se ha incluido pura y exclusivamente con objeto de señalar al Grupo de Trabajo cuestiones dignas de examen y de indicar opciones de redacción. No figuraría en la versión final de la Guía.

conjunción con las notas introductorias, que proporcionan información básica para entender mejor esas disposiciones.

12. En las disposiciones legislativas se abordan cuestiones que es necesario examinar en la legislación relacionada específicamente con la insolvencia, ya se trate de liquidación o de reorganización. Esas cuestiones no atañen concretamente a otros ámbitos del derecho [como la legislación sobre inversiones extranjeras o el derecho laboral] que pueden repercutir en el régimen de la insolvencia, si bien, cuando corresponde, se determinan y examinan esos otros aspectos jurídicos. Para aplicar con éxito un régimen de insolvencia además del establecimiento de un marco legislativo apropiado normalmente es necesario adoptar diversas medidas, como estructuras y prácticas administrativas acertadas y el fomento de la capacidad de organización, los conocimientos técnicos especializados y la capacitación de profesionales. Si bien algunas de estas cuestiones pueden mencionarse en la introducción analítica, no se abordan en las disposiciones legislativas. [Es posible que aquí se incluya material relativo a estas cuestiones, por ejemplo, del Banco Asiático de Desarrollo y del Banco Mundial.]

13. La Guía no aborda cuestiones relativas a los aspectos transfronterizos del régimen de la insolvencia, como el trato de los acreedores extranjeros. Esas cuestiones se examinan en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, por lo que se recomienda tener en cuenta ese texto además de la presente Guía. La Guía no tiene por objeto modificar ni enmendar en absoluto ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo.

2. Terminología utilizada en la Guía y función de las definiciones

14. El único propósito de las siguientes definiciones es proporcionar orientación al lector de la Guía. Muchos términos, como "acreedor garantizado", "liquidación" y "reorganización", pueden tener significados sustancialmente diferentes en distintas jurisdicciones, razón por la cual incluir las definiciones correspondientes en la Guía puede coadyuvar a que los conceptos que en ella figuran sean comprensibles para todos. [Cuando se proponen otras definiciones, éstas aparecen entre corchetes. También figuran entre corchetes otras posibles condiciones u opciones de redacción.]

15. [Es posible que haya que aclarar más cuando se hace referencia al "tribunal". En el proyecto de disposiciones de la Guía se parte del supuesto de que se cuenta con supervisión judicial a lo largo de todo el procedimiento de insolvencia, lo que podría comprender la facultad de abrir el procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del procedimiento. Si bien esa intervención puede ser apropiada como principio general, se pueden considerar otras opciones, por ejemplo, cuando los tribunales no están en condiciones de realizar la labor o cuando se prefiere que la supervisión esté a cargo de un organismo administrativo.]

3. Definiciones

Acción de anulación: Una acción que permite que las operaciones se cancelen o se dejen sin efecto de otra manera. Se podrían evitar así, por ejemplo, operaciones a) entre un deudor y un acreedor que tengan por objeto crear una preferencia en favor de ese acreedor en perjuicio del conjunto de los acreedores [salvo que se lleven a cabo en el curso normal de las operaciones comerciales], que hayan tenido lugar [dentro de un plazo determinado] antes de la apertura del procedimiento, b) en virtud de las cuales los activos del deudor se hayan transferido por un valor injusto, o c) en virtud de las cuales los activos del deudor se hayan transferido de manera fraudulenta con respecto a los acreedores.

Centro de principales intereses: El lugar en que el deudor administra sus negocios habitualmente, verificable como tal por terceros.

Crédito: Un derecho exigible a reclamar dinero o bienes.

Garantía: Un bien sujeto a un derecho real en beneficio de uno o más acreedores, que están facultados para venderlo en caso de incumplimiento (véase "crédito garantizado").

Apertura del procedimiento: [La fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia] o [la fecha a partir de la cual entra en vigor la decisión judicial, definitiva o no, de abrir el procedimiento de insolvencia].

Concordato: [En el contexto de una reorganización,] un acuerdo entre el deudor y [la mayoría de] los acreedores por el cual estos últimos aceptan la reducción o el aplazamiento de las deudas o la redefinición de las condiciones de pago.

Junta de acreedores: Órgano representativo nombrado por [el tribunal] [el representante de la insolvencia] [los acreedores en conjunto] que está facultado para actuar en nombre e interés de los acreedores y que posee facultades consultivas [y supervisa al representante de la insolvencia].

Deudor: Persona o entidad que participa en una empresa mercantil y que puede ser o es objeto de un procedimiento de insolvencia, con excepción de las entidades reguladas por un régimen especial de la insolvencia [incluidas las instituciones bancarias y financieras, las compañías de seguros [y otras entidades]].

Establecimiento: Lugar en que el deudor lleva a cabo de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Solicitud de procedimiento: Presentación de una petición por parte del deudor, uno o más acreedores, el ministerio público o el tribunal de la insolvencia procediendo de oficio para que se abra el procedimiento de insolvencia.

Insolvencia: [Situación en que el deudor es [puede llegar a ser] incapaz o ya no es capaz de pagar sus deudas y cumplir sus otras obligaciones a su vencimiento] o [situación en que el valor de las deudas y obligaciones del deudor sobrepasa el valor de los bienes] o [situación en que el deudor cesa en general o suspende el pago de sus deudas y el cumplimiento de sus obligaciones a su vencimiento y el activo en efectivo es insuficiente] o [situación en que el deudor cesa el pago de deudas importantes y delicadas como alquileres, salarios y aportes de seguridad social].

Patrimonio de la insolvencia:[Bienes y derechos con valor monetario que pertenecen al deudor en la fecha de la apertura del procedimiento y después de ésta [todo lo cual constituye el patrimonio del deudor y activos disponibles para atender a las reclamaciones de los acreedores]] o [bienes y derechos con valor monetario que pertenecen al deudor [y de los que los acreedores pueden disponer en calidad de garantía]].

Procedimiento de insolvencia: Procedimiento colectivo que entraña la desposesión [parcial o total] del deudor y el nombramiento de un representante de la insolvencia [con fines de liquidación o reorganización de la empresa] [y que abarca tanto el procedimiento de liquidación como el de reorganización].

Representante de la insolvencia: [Persona [o entidad] nombrada por el tribunal que se encarga de administrar el patrimonio del deudor [y de ayudar a los directivos de la empresa a administrarla y vigilar la gestión de ésta] con miras a la liquidación o la reorganización de la empresa]; o persona [o entidad] nombrada por el tribunal de la insolvencia a quien en la fecha de apertura del procedimiento se transfieren las facultades [de los directivos de la empresa] del deudor para administrar o vender [los bienes incluidos en] el patrimonio de la insolvencia o disponer de [éstos] éste actuando bajo la supervisión del tribunal. Esas facultades comprenden, por ejemplo, determinar o ayudar a determinar lo que se adeuda a los acreedores, enajenar [los bienes pertenecientes a] el patrimonio de la insolvencia, distribuir el producto entre los acreedores y entablar acciones de anulación.

Decisión de insolvencia: Decisión del tribunal de abrir un procedimiento de insolvencia [y de nombrar a un representante de la insolvencia].

Procedimiento involuntario: Procedimiento de insolvencia iniciado por los acreedores o por la oficina del ministerio público [*o por otra entidad*].

Liquidación: Proceso por el cual se reúnen los bienes de un deudor, se dispone de ellos y se los distribuye en beneficio [del patrimonio de la insolvencia y] de los acreedores, entre ellos los accionistas [seguido de la disolución de la entidad jurídica], ya sea por medio de la venta por partes o de la venta de todos o de la mayoría de los bienes del deudor en unidades productivas de explotación o como negocio en marcha.

Compensación global por saldos netos: Puede consistir en la compensación (véase 'compensación') de bienes fungibles no monetarios como valores o productos de entrega inmediata, lo que se conoce como ajuste de cuentas o, en su forma más importante, en la cancelación por una parte de contratos en curso con el insolvente seguida de la compensación de pérdidas y ganancias en cualquiera de los dos sentidos (compensación por liquidación).

Período de observación: [En el contexto de un procedimiento de insolvencia unitario (véase la parte II, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, párr.18)], período durante el cual se debe establecer la posibilidad o la imposibilidad de reorganizar la empresa.

Pari passu: Principio según el cual se concede un trato igualitario a los acreedores de la misma categoría [y se les paga en forma proporcional con los activos del insolvente].

Contratos pendientes: Contratos en curso [y que no se han ejecutado plenamente] en la fecha de apertura del procedimiento.

Acreedor posterior a la apertura del procedimiento: Un acreedor cuyo crédito ha nacido después de abrirse el procedimiento de insolvencia.

Créditos preferentes: Créditos que se abonan con los bienes de que se dispone para las deudas no garantizadas antes de efectuar pagos a los acreedores en general.

Representante preliminar de la insolvencia: Persona o entidad nombrada por el tribunal de la insolvencia en caso de grave crisis del deudor que impida el funcionamiento normal de su negocio para que se encargue provisionalmente de velar por que la empresa siga en marcha cuando se inhabilita al deudor o a los directivos de la empresa (posiblemente en relación con una reorganización).

Reorganización: Proceso de reestructuración de una empresa insolvente con miras a [la rehabilitación del deudor y a] restablecer el bienestar financiero y la viabilidad del negocio por diversos medios, por ejemplo, la condonación de la deuda, el reescalonamiento del servicio de la deuda, la capitalización de la deuda [y la venta de la empresa como negocio en marcha]

Plan de reorganización: Plan para reorganizar la empresa [y otorgar reparación al deudor] presentado por [el deudor][los acreedores][el representante de la insolvencia] y aprobado por el tribunal en el que se abordan cuestiones como el momento de iniciar el proceso, los compromisos que se contraerán, las condiciones de pago y las garantías que se ofrecerán a los acreedores, las acciones de anulación que se podrán entablar y el trato que se dará a los contratos pendientes, entre ellos los contratos de trabajo.

Crédito garantizado: Un crédito respaldado por una garantía real constituida en garantía de una deuda que se puede reclamar en caso de que el deudor no pague la deuda a su vencimiento.

Acreedor garantizado: Un acreedor amparado por una garantía real que abarca todos o una parte de los bienes del deudor o por una garantía real sobre un bien determinado que le otorga prelación frente a otros acreedores con respecto a los bienes gravados.

Deuda garantizada: [Cuantía global de los créditos garantizados] o [créditos pertenecientes a los acreedores garantizados].

Compensación: Equiparación de un crédito relativo a una suma adeudada a una persona con un crédito perteneciente a la otra parte, relativo a una suma adeudada por la primera persona. Puede invocarse como excepción total o parcial frente a la reclamación de una suma.

Suspensión del procedimiento: Paralización de la facultad de los acreedores para entablar o llevar adelante acciones individuales de ejecución y restitución, de carácter judicial, administrativo o de otra índole, o para obtener la posesión de bienes pertenecientes al patrimonio de la insolvencia, o para crear, perfeccionar o hacer valer una garantía real sobre bienes pertenecientes al patrimonio de la insolvencia.

Deuda no garantizada la cuantía global de los créditos que no están respaldados por una garantía real.

Procedimiento voluntario: Procedimiento de insolvencia que se abre a instancias del deudor.

Primera parte

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1. Maximizar el valor de los bienes

16. El régimen de la insolvencia debe ofrecer la posibilidad de reorganización del deudor como alternativa en lugar de la liquidación. En la reorganización los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor

del deudor para la sociedad y para los acreedores aumentaría al máximo al permitírsele que continuase sus actividades. Con frecuencia los acreedores pueden obtener el valor máximo más con la reorganización que con la liquidación. “Un arreglo” o “método” formulado en sentido amplio y encaminado a lograr un rendimiento máximo y disminuir al mínimo los efectos de la insolvencia comprendería una variedad de técnicas de insolvencia y evitaría toda preferencia implícita por una técnica frente a otra.

2. Hallar el punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización

17. El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de mantener al deudor como empresa viable mediante la reorganización (que a menudo es lo que prefieren los acreedores o no garantizados). La consecución de ese equilibrio está relacionada con objetivos que no entrañan la restitución máxima para los acreedores, sino la promoción del desarrollo de una clase empresarial y la protección de las fuentes de trabajo.

3. Trato equitativo

18. El régimen de la insolvencia debe conceder un trato equitativo a los acreedores que se hallan en una situación análoga, tanto los extranjeros como los nacionales. Por trato equitativo no se entiende que todos los acreedores deben ser tratados igualmente, sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor y las prerrogativas de los titulares de créditos o derechos que nazcan por imperio de la ley. El régimen de la insolvencia debe abordar los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en caso de penuria financiera disponiendo medios para evitar actos que menoscaben el trato equitativo de los acreedores.

4. Garantizar la apertura del procedimiento y la solución de las insolvencias en forma oportuna, eficiente e imparcial

19. Las insolvencias se deben abordar y resolver en forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de los negocios y las actividades del deudor y de reducir al mínimo el costo del procedimiento. Al respecto, puede ser conveniente establecer plazos legales para poner fin a ciertos asuntos (por ejemplo, establecer una fecha límite para preparar el plan de reorganización o con respecto a la duración de la suspensión de las acciones de los acreedores) y para el procedimiento en conjunto. También podría ser conveniente asignar la responsabilidad del proceso a la entidad que administre los bienes del deudor y crear tribunales especializados u órganos u organismos administrativos para supervisar y dirigir el proceso. [También se podrían disponer sanciones por no abrir el procedimiento oportunamente.]

5. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor

20. Se debe impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor mediante la imposición de una suspensión. Dicha suspensión tendría por objeto dar tiempo para examinar debidamente la situación del deudor y facilitaría tanto el aprovechamiento máximo del valor del patrimonio como el trato equitativo de los acreedores.

6. Establecer un procedimiento previsible y transparente

21. Las normas de distribución de los riesgos pertinentes deberán enunciarse claramente en la ley y aplicarse sistemáticamente a fin de garantizar que se confíe en el proceso y que todos los participantes puedan adoptar medidas apropiadas para hacer frente a los riesgos. La transparencia está estrechamente relacionada con el objetivo de la previsibilidad. Para que haya transparencia es indispensable que los participantes en el proceso reciban información suficiente sobre la situación del deudor y que se dispongan incentivos para alentar a éste a dar a conocer su situación o sanciones en el caso de que no lo haga. Además, cuando la ley disponga el ejercicio de la discrecionalidad, debe aportar orientación suficiente sobre la manera de ejercitarla.

7. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza

22. A efectos de fomentar la coordinación entre las jurisdicciones, las leyes sobre insolvencia deben comprender normas sobre las insolvencias transfronterizas y el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, posiblemente mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones (A/CN.9WG.V/WP.54/Add.1) [Original: inglés]

A/CN.9WG.V/WP.54/Add.1

Índice

	Párrafos	*Página*
Observaciones generales	1-3	371
Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	4-200	371
Segunda parte. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia	4-200	371
I. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización	4-18	371
1. Observaciones generales	4-9	371
2. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización	10-18	374
II. Solicitud y apertura de procedimientos de insolvencia	19-54	376
A. Alcance	19-26	376
1. Observaciones generales	19-24	376
2. Resumen: Alcance	25-26	377
B. Criterios para la solicitud y apertura de procedimientos	27-54	377
1. Observaciones generales	27-50	377
2. Resumen: Solicitud y apertura	51-54	383
III. Consecuencias de la apertura de procedimientos de insolvencia	55-134	383
A. El patrimonio de la insolvencia	55-59	383
1. Observaciones generales	55-59	383
2. Resumen: Patrimonio de la insolvencia	-	385
B. Suspensión del procedimiento	60-87	385
1. Observaciones generales	60-78	385
2. Resumen: Suspensión del procedimiento	79-87	389
C. Tratamiento de los contratos	88-118	390
1. Observaciones generales	88-112	390
2. Resumen: Tratamiento de los contratos	113-118	396
D. Acciones de anulación	119-134	397
1. Observaciones generales: anulación de operaciones previas a la insolvencia	119-134	397
2. Resume: Anulación	-	401
IV. Administración de los procedimientos	135-189	402
A. Derechos y obligaciones del deudor	135-142	402
1. Observaciones generales	135-142	402

2. Resumen: Derechos y obligaciones del deudor . . . . . - 404

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia 143-148 404
1. Observaciones generales 143-148 404
2. Resumen: Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia . . . . . - 406

C. Créditos y demandas de los acreedores 149-155 406
1. Observaciones generales 149-155 406
2. Resumen: Créditos y demandas de los acreedores . . . . . - 408

D. Junta de acreedores 156-166 408
1. Observaciones generales 156-166 408
2. Resumen: Junta de acreedores . . . . . - 411

E. Financiación posterior a la apertura del procedimiento 167-168 411
1. Observaciones generales 167-168 411
2. Resumen: Financiación posterior a la apertura del procedimiento . . . . . - 412

F. Planes de reorganización 169-189 412
1. Observaciones generales 169-189 412
2. Resumen: Planes de reorganización . . . . . - 417

V. Liquidación y distribución 190-200 417

Prioridades en la distribución 190-200 417
1. Observaciones generales 190-197 417
2. Resumen: Distribución 198-200 419

Observaciones generales

1. La presente nota constituye la segunda parte del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, que trata las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia. Se ha dividido cada tema en dos secciones. En la primera sección se hace una introducción analítica a las cuestiones que se plantean en cada tema fundamental y se examinan y comparan diversas opciones normativas. En la segunda sección se resumen los planteamientos estudiados en la primera sección. Algunos de los enfoques indicados en el resumen se reflejan en los proyectos de disposición de la tercera parte (véase el documento A/CN.9/WG.V/WP.564/Add.2).

2. Siempre que es posible, los temas se examinan desde la perspectiva de la liquidación y de la reorganización, a fin de distinguir las diferentes cuestiones de interés para cada procedimiento. Los párrafos que figuran bajo el título "observaciones generales" se refieren a los procedimientos de insolvencia en general y sirven de introducción a los párrafos que les siguen.

3. El material que figura en esta segunda parte se basa en gran medida en la labor del Fondo Monetario Internacional, del Banco Asiático de Desarrollo y del Banco Mundial. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar qué otros enfoques y ejemplos cabría añadir a las secciones de cada tema para ampliar el análisis comparativo de los distintos regímenes de la insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee asimismo examinar la posibilidad de que en la Guía se aborden otros temas y aspectos, además de los ya tratados. Se han puesto entre corchetes algunas cuestiones suplementarias que tal vez convendría incluir en la Guía (por ejemplo, en el "tratamiento de los contratos" se hace una simple referencia a la compensación, a los contratos financieros y a la compensación global por saldos netos, cuestiones que aún tienen que detallarse). En todo el texto se hacen sugerencias al Grupo para que examine determinados problemas o cuestiones. En la sección B se han tratado determinados temas con miras a ayudar al Grupo de Trabajo a decidir los enfoques que puede recomendar y el modo en que esas recomendaciones pueden plasmarse en la Guía.

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Segunda parte

Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia

I. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización

1. Observaciones generales

4. Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones cuando vencen los plazos, se hace necesario prever un mecanismo

jurídico para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes tangibles e intangibles pertenecientes a ese deudor. La mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen reglas sobre diversos tipos de procedimientos que pueden iniciarse para hacer frente a esa situación, que cabe denominar genéricamente "procedimientos de insolvencia". Cabe distinguir dos tipos de procedimientos de insolvencia para los que no siempre se utiliza una terminología uniforme.

5. En los procedimientos denominados de "liquidación" se prevé que una autoridad pública (que suele ser, aunque no necesariamente, un tribunal judicial que actúa por conducto de un oficial nombrado con este fin) se haga cargo de los bienes del deudor con miras a dar forma monetaria a los bienes no monetarios y a distribuir posteriormente su producto de manera proporcional entre los acreedores. Esos procedimientos suelen terminar en la liquidación o en la desaparición del deudor como entidad jurídica comercial, si bien en algunos casos los bienes pueden venderse conjuntamente como negocio en marcha.

6. El Banco Asiático de Desarrollo[1] señala que el concepto de liquidación es prácticamente universal, al igual que su aceptación y aplicación. El proceso de liquidación suele desarrollarse del modo siguiente:

a) Solicitud de la entidad insolvente o de los acreedores ante un tribunal u otro órgano competente;

b) Orden o sentencia de liquidación de la entidad;

c) Designación de un tercero independiente encargado de dirigir y administrar la liquidación;

d) Clausura de los negocios de la entidad;

e) Destitución de los cargos directivos y despido de los empleados;

f) Venta de los activos de la entidad;

g) Resolución de las reclamaciones de los acreedores;

h) Distribución de los fondos disponibles entre los acreedores (conforme a algún tipo de prelación); y

i) Disolución de la entidad.

7. El significado del segundo tipo de procedimientos (denominado a menudo "reorganización", "rescate" (*rescue*), "reestructuración", o "rehabilitación") plantea mayores incertidumbres. A efectos de la presente Guía, y en aras de la simplicidad, se empleará el término "reorganización" para designar los procedimientos cuya finalidad sea, en última instancia, ofrecer al deudor la posibilidad de superar sus dificultades financieras y de reanudar o proseguir con normalidad sus operaciones comerciales. Para ello se puede modificar la organización de la entidad comercial o reescalonar o reorganizar la deuda. Las distinciones entre las modalidades de reorganización pueden depender del tamaño de la empresa y del grado de complejidad de la situación específica. [*Nota para el Grupo de Trabajo: puede ser*

[1] Law and policy reform at the Asian Development Bank, report on RETA 5795: Insolvency law reforms in the Asian and Pacific region, abril de 2000, pág. 15.

conveniente incluir en el texto un análisis comparativo más detallado de las otras formas en que pueden presentarse los procesos descritos.]

8. El Banco Asiático de Desarrollo[2] observa que si bien el proceso de reorganización no es tan universal como el de liquidación y, por consiguiente, no presenta siempre las mismas características, cabe enumerar una serie de elementos clave o esenciales del proceso, a saber:

a) La sumisión voluntaria de una entidad al proceso, que puede entrañar o no procedimientos judiciales y control o supervisión judicial;

b) La suspensión automática y obligatoria de todas las acciones y de todos los procedimientos entablados respecto de los bienes de la entidad, lo cual afecta a todos los acreedores durante un período limitado;

c) La continuación de la actividad comercial de la entidad a cargo de la dirección existente o de un director independiente o con una combinación de ambas opciones;

d) La formulación de un plan en que se prevé el tratamiento que se dará a los acreedores, a los accionistas y a la propia entidad;

e) El examen del plan por parte de los acreedores y una votación de éstos sobre su aceptación;

f) Posiblemente, la sanción judicial del plan aceptado; y

g) La ejecución del plan.

9. Otra de las dificultades podría deberse a que no siempre es nítida la distinción entre los procedimientos convencionales de liquidación y los de reorganización. El término "reorganización" se usa a veces para definir un modo particular de asegurar la conservación y una posible revalorización del valor del patrimonio de la insolvencia en el contexto de los procedimientos de liquidación. Este es el caso, por ejemplo, cuando la ley prevé que la liquidación se lleve a cabo mediante el traspaso de la empresa, como negocio en marcha, a otra entidad. Si bien este procedimiento puede evocar la idea del "rescate" (*rescue*), concepto generalmente asociado al de reorganización, no implica de hecho ninguna reorganización. En esas situaciones, el término "reorganización" designa simplemente una técnica distinta de la liquidación tradicional (es decir, la venta pura y simple de los bienes), que se utiliza con el fin de obtener el máximo valor posible del patrimonio de la insolvencia[3].

---

[2] Véase la nota 1 *supra*, págs. 16 y 17.

[3] En el informe del Banco Mundial, presentado al Grupo de Trabajo en abril de 2001 se define la rehabilitación del modo siguiente: "Proceso de reorganización (reestructuración) de las relaciones financieras de una empresa para restablecer su bienestar económico y darle viabilidad financiera. Este proceso puede incluir medidas de organización, así como la reestructuración de las relaciones comerciales y mercantiles de la empresa mediante la condonación o el reescalonamiento de la deuda, la transformación de ésta en capital social y otras medidas. También puede entrañar la venta de la empresa como negocio en marcha, en cuyo caso el procedimiento puede ser equivalente a las ventas similares realizadas en un procedimiento de liquidación".

2. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización

10. En ciertas circunstancias, el mejor modo de satisfacer las necesidades derivadas de la insolvencia de un deudor radica en la liquidación de todos los bienes de éste y en la subsiguiente distribución del producto entre los acreedores. Sin embargo, en otras circunstancias, es posible que la liquidación no sea el mejor medio para maximizar el valor de los recursos de la empresa insolvente. En realidad, ocurre a veces que la liquidación pura y simple de los bienes sólo permite a los acreedores cobrar una parte del valor nominal de sus créditos. En tales casos, la reorganización de la empresa con el fin de conservar sus recursos humanos y la buena voluntad de ésta pueden resultar más eficaces para maximizar el valor de los créditos de los acreedores, permitiéndoles recibir un trato más favorable o incluso cobrar íntegramente la deuda. Este puede ser el caso cuando, por ejemplo, el valor del negocio se base en bienes intangibles (como derechos de propiedad intelectual) y no en bienes tangibles.

11. También puede haber, en un determinado ordenamiento jurídico, razones políticas y sociales para preferir la reorganización a la liquidación. Es posible que en algún país se considere crucial proteger a los empleados de una empresa en dificultades. Además, algunos países pueden estimar que los procedimientos de reorganización pueden cumplir una amplia función social, no sólo alentando a los deudores a recurrir a la reorganización antes de que sus dificultades financieras lleguen a un extremo sino también ofreciéndoles una “segunda oportunidad”, con lo cual se fomenta el desarrollo económico y el crecimiento. En consecuencia, muchos países reconocen que para que un régimen de la insolvencia sea eficaz y funcione debe prever procedimientos tanto de liquidación como de reorganización.

12. Si bien la mayoría de los países prevén procedimientos de liquidación y de reorganización, se regula de muy distintas maneras la estructura del procedimiento para llegar a uno de esos resultados. Algunos países prevén un procedimiento de insolvencia unitario y flexible, que culmina con la liquidación o la reorganización según las características del caso. Otras legislaciones establecen dos procedimientos distintos, cada uno de ellos con sus requisitos concretos de solicitud y apertura y con diferentes posibilidades de pasar de un tipo de procedimiento a otro.

13. Las legislaciones que regulan por separado los procedimientos de liquidación y reorganización se guían por distintas consideraciones de política social y comercial con miras a cumplir diferentes objetivos (véase la primera parte de la Guía). No obstante, los procedimientos de liquidación y reorganización tienen mucho en común, por lo que se producen considerables vínculos y duplicaciones entre ellos, tanto en cuestiones de procedimiento como de fondo, como se verá en el análisis que figura a continuación en esta segunda parte.

14. Cuando se regulan por separado los dos procedimientos, para elegir el adecuado debería determinarse, al menos teóricamente, si la empresa del deudor insolvente es viable. Ahora bien, en la práctica resulta a menudo imposible determinar de forma definitiva, al iniciar uno de los dos procedimientos, si la empresa es financieramente viable. De ahí que la legislación deba prever vínculos entre ambos tipos de procedimiento a fin de poder pasar del uno al otro en caso de necesidad. Es conveniente prever mecanismos para impedir que se utilicen los procedimientos de reorganización con el fin de evitar o de demorar la liquidación; por ejemplo [...].

15. Cuando se prevé tanto la liquidación como la reorganización, la relación entre ambos tipos de procedimientos se regula de muchas formas. En algunos países, la parte que solicita el procedimiento de insolvencia puede optar inicialmente por la liquidación o la reorganización. Cuando uno o más acreedores inician un procedimiento de liquidación, la legislación prevé a veces un mecanismo para que el deudor pueda solicitar que el procedimiento pase a ser de reorganización.

16. Cuando el deudor solicita un procedimiento de reorganización, tanto por iniciativa propia como a raíz de una solicitud de liquidación hecha por un acreedor, sería lógico que se decidiera en primer lugar sobre la reorganización. No obstante, a fin de proteger a los acreedores, algunos regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo en virtud del cual la reorganización puede transformarse en liquidación si se comprueba que la reorganización no tiene posibilidades de prosperar. Otro mecanismo de protección de los acreedores puede consistir en que se fije un plazo máximo para toda reorganización decidida en contra de la voluntad de los acreedores.

17. En virtud de un principio general, normalmente los procedimientos de liquidación y reorganización, aunque suelan regularse por separado, se llevan a cabo de forma consecutiva, es decir, sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización. En algunos regímenes de la insolvencia, se parte del principio general de que debe procederse a la reorganización de la empresa y de que sólo pueden iniciarse procedimientos de liquidación cuando fracasen todos los intentos de reorganización. En algunos regímenes que prevén la transformación de un tipo de procedimiento en otro, según las circunstancias enunciadas por la legislación, el deudor, los acreedores o el representante de la insolvencia pueden pedir que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación. Entre estas circunstancias puede figurar la de que el deudor no pueda pagar las deudas posteriores a la solicitud en la fecha de vencimiento; el hecho de que no se haya aprobado el plan de reorganización; o el incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones enunciadas en un plan aprobado o el intento del deudor de defraudar a los acreedores. Si bien es a menudo posible transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no permiten volver a la reorganización una vez que se haya pasado de reorganización a liquidación.

18. Las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación, y no de reorganización, han hecho que algunos países revisaran su régimen legal de la insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento “unitario”. En virtud de este enfoque “unitario”, se aplica el mismo procedimiento a toda situación de insolvencia; así, durante un período inicial (generalmente denominado “período de observación”, que en las legislaciones unitarias existentes pueden durar hasta tres meses) no existe ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o liquidada. La decisión sobre si habrá un procedimiento de liquidación o de reorganización no se adopta hasta que se comprueba si es posible o no proceder a la reorganización. La ventaja fundamental de esta modalidad radica en la simplicidad del procedimiento. Además, un procedimiento unitario simple que permita tanto la reorganización como la rehabilitación puede alentar a los deudores con dificultades

financieras a recurrir sin tardanza al procedimiento, con lo cual aumentarán las probabilidades de éxito en la rehabilitación de las empresas.

II. Solicitud y apertura de procedimientos de insolvencia

A. Alcance

1. Observaciones generales

19. Una importante cuestión de contenido que debe decidirse al formular un régimen de la insolvencia es la de qué entidades pueden estar sujetas, como deudores, a un régimen general de la insolvencia. Si una entidad queda excluida del proceso, no gozará de la protección que éste ofrece ni estará sujeta a su disciplina. En las disposiciones pertinentes se determinará qué tipo de personas jurídicas o qué empresas de personas físicas podrán ser objeto de liquidación o de reorganización y qué empresas quedarán excluidas del ámbito de aplicación del régimen.

20. Un régimen general de la insolvencia puede ser aplicable a todos los tipos de empresas con actividades mercantiles, tanto privadas como estatales, especialmente a las empresas estatales que compiten en el mercado como entidades comerciales o mercantiles diferenciadas pero que están sujetas a los mismos procesos comerciales y económicos que las entidades privadas. Puede haber excepciones, como en el caso de que un gobierno haya decidido eximir de responsabilidad a esas empresas o darles una garantía explícita. La propiedad estatal en sí no es suficiente para que una empresa no esté sujeta al régimen general de la insolvencia.

21. Si bien puede ser conveniente que la protección de un régimen de la insolvencia beneficie a la más amplia gama posible de entidades, y que éstas estén sujetas a la disciplina del régimen, cabe prever un tratamiento diferenciado para ciertas entidades. Este trato diferenciado puede justificarse por varias razones, como los criterios de orden público que afectan, por ejemplo, a los consumidores, o el carácter especializado de esas entidades y los reglamentos jurídicos a menudo detallados a que están sujetas. Entre esas entidades pueden figurar las instituciones bancarias y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o productos básicos.

22. **Centro de principales intereses**: Además de los atributos comerciales necesarios, el deudor debe tener una vinculación suficiente con el Estado huésped para estar sujeto a su legislación de insolvencia. Si bien algunas leyes fijan condiciones como el principal establecimiento, la CNUDMI ha adoptado, en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, el criterio del “centro de principales intereses” del deudor. Este concepto figura también en el proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos y en el Reglamento Nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo (CE) relativo a los procedimientos de insolvencia (en adelante, “el Reglamento de la CE”). En la Ley Modelo no se define la expresión; en el Reglamento de la CE se indica que esa expresión debe entenderse como “el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar”. Según dispone el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.

23. **Establecimiento**: Algunas legislaciones prevén que pueden iniciarse procedimientos de insolvencia en la jurisdicción en que el deudor tenga su establecimiento. En el artículo 2 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza se define el término "establecimiento" como "todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios". El Reglamento de la CE contiene una definición similar que, sin embargo, omite la referencia a "servicios". La definición es importante para la estructura de la Ley Modelo, ya que determina los procedimientos que sólo pueden reconocerse como procedimientos no principales; los procedimientos principales requieren la presencia de un centro de principales intereses. Del mismo modo, el Reglamento de la CE dispone que pueden entablarse procedimientos de insolvencia en la jurisdicción en que el deudor tenga un establecimiento, pero que esos procedimientos sólo podrán ocuparse de los bienes del deudor que estén situados en el territorio de ese Estado.

24. **Presencia de bienes**: Algunas legislaciones prevén la posibilidad de entablar procedimientos contra un deudor que tenga o haya tenido activos en la jurisdicción sin exigir que haya un establecimiento o un centro de principales intereses en la jurisdicción. La existencia de activos plantea cuestiones que pueden afectar a varias jurisdicciones, como los procedimientos múltiples y las cuestiones de coordinación y cooperación que pueden ser del ámbito de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. En consecuencia, cuando se requiera la presencia de bienes, puede ser apropiado incluir la protección ofrecida por la Ley Modelo en lo relativo a la coordinación y cooperación.

2. Resumen: Alcance

25. Los regímenes de la insolvencia deberían ser aplicables a todos los deudores que sean empresas comerciales, incluidas las empresas estatales, con excepciones limitadas, que pueden ser las entidades altamente reglamentadas como los bancos y las compañías de seguros.

26. Pueden iniciarse procedimientos de insolvencia contra un deudor si el centro de sus principales intereses se encuentra en el Estado promulgante. Salvo prueba en contrario, se presumirá que una persona jurídica tiene el centro de sus principales intereses en el Estado promulgante si su domicilio social se encuentra en ese Estado y, en el caso de una persona física, si tiene su residencia habitual en ese Estado.

B. Criterios para la solicitud y apertura de procedimientos

1. Observaciones generales

27. Los criterios para la solicitud y apertura de procedimientos sirven para determinar qué entidades estarán sujetas a los mecanismos disciplinarios y de protección del proceso de insolvencia y quién podrá someterlas a esos mecanismos. En esta sección se abordan los criterios que deben cumplirse antes de solicitar e iniciar un procedimiento y, en el caso de los procedimientos involuntarios (véase "liquidación" *infra*), se especifica la parte que puede solicitar el procedimiento de insolvencia contra el deudor.

28. Como principio general, y a reserva de las salvaguardias debidas y adecuadas para prevenir el abuso del proceso, es conveniente que el acceso al proceso de

insolvencia sea apropiado, poco costoso y rápido a fin de alentar a las empresas insolventes o que se hallan en situación de precariedad financiera a someterse voluntariamente al proceso. Si se imponen condiciones de acceso restrictivas, es posible que los deudores y los acreedores no se animen a recurrir al procedimiento, y al mismo tiempo la demora puede resultar perjudicial propiciando la dispersión de los bienes y reduciendo las posibilidades de reorganización.

29. Los criterios para la apertura de procedimientos son un elemento central de la concepción de un régimen de la insolvencia. Al fijarse esos criterios se determinan los requisitos para solicitar procedimientos, el modo en que deben entablarse, el plazo entre la solicitud y el comienzo del procedimiento y lo que debe ocurrir durante ese período.

a) Liquidación

30. Los regímenes de la insolvencia prevén por lo general que los procedimientos de liquidación sean iniciados por uno o más acreedores (procedimientos a menudo calificados de involuntarios), por el deudor (a menudo calificados de voluntarios) o en virtud de la ley, cuando el incumplimiento de algún requisito legal por parte del deudor desencadena automáticamente un procedimiento de insolvencia (también calificado de involuntario).

31. Las legislaciones difieren en los criterios concretos que deben cumplirse antes de que pueda ponerse en marcha el procedimiento. Varias leyes prevén otros posibles criterios y hacen también una distinción entre los criterios aplicables a la liquidación y los aplicables a la reorganización.

32. Un criterio que se usa ampliamente para la apertura de procedimientos de liquidación es el del nivel de liquidez o de corriente de efectivo que requiere una cesación general del pago de obligaciones a su vencimiento. No obstante, el modo de aplicación de este criterio varía de un país a otro. En algunos países, constituye la base para iniciar un procedimiento que puede ser de liquidación o de reorganización y, si se opta por la liquidación, puede transformarse posteriormente en procedimiento de reorganización. En otros países, este criterio sólo permite poner en marcha un procedimiento de reorganización, que sólo puede pasar a ser de liquidación si se demuestra que no hay posibilidades de reorganizar la empresa. En un tercer enfoque, se sigue ese criterio para iniciar un procedimiento unitario y se deja para más adelante la elección entre liquidación o reorganización (véase el capítulo I *supra*).

33. La aplicación de la norma de la cesación general de pagos tiene la finalidad de activar los procedimientos lo suficientemente pronto durante el período de precariedad financiera del deudor, a fin de evitar una pugna entre los acreedores para hacerse con los bienes, que supondría la desintegración de la empresa en detrimento de todos los acreedores. Otra posibilidad consiste en adoptar el criterio contable de exceso de obligaciones respecto de los haberes como indicación de una mayor precariedad financiera. Este enfoque tiene el inconveniente de que a menudo cuando se inician los procedimientos se han desvanecido todas las posibilidades de reorganización. Además, puede ser difícil de probar y puede eludir el objetivo de maximización del valor. Asimismo, puede dar una medida inexacta de la insolvencia si las normas contables y las técnicas de evaluación dan lugar a valores distorsionados que no reflejan el justo valor en el mercado o si los mercados no

están suficientemente desarrollados ni son lo suficientemente estables para poder establecer ese valor. En general, un experto habría de examinar los libros, los archivos y los datos financieros para determinar el justo valor de la empresa en el mercado, lo cual resulta especialmente difícil cuando los archivos no se llevan correctamente o no están fácilmente disponibles. Este criterio no es necesariamente relevante para determinar si el deudor está en condiciones de negociar colectivamente con sus acreedores mientras mantiene la empresa en marcha. El criterio contable puede utilizarse como referencia para definir la insolvencia, pero tal vez no sea lo suficientemente fiable para adoptarlo como único elemento de definición.

34. Los problemas que se derivan del criterio de la cesación general de pagos, como la puesta en marcha de procedimientos de liquidación de empresas en situación precaria pero financieramente viables, pueden resolverse disponiendo que se desestime el procedimiento o se transforme en otro tipo de procedimiento (por ejemplo, pasando de la liquidación a la reorganización - véase el capítulo I *supra*) a petición del deudor, de un acreedor o del representante de la insolvencia. Pueden surgir otros problemas si se abusa del proceso, como cuando un deudor utiliza la insolvencia para protegerse de un único acreedor, o cuando se utiliza la solicitud de insolvencia para eludir los procedimientos de ejecución de la deuda (que tal vez no estén muy desarrollados) o cuando los acreedores se sirven de la insolvencia para tratar de echar empresas viables del mercado o para obtener pagos preferentes.

i) Solicitud de procedimiento por parte del deudor

35. Si bien técnicamente el requisito de cesación general de pagos puede aplicarse tanto a las solicitudes del deudor como a las de los acreedores, en la práctica la solicitud del deudor suele ser el último recurso de éste cuando llega al punto en que no puede pagar sus deudas. Así pues, si bien la legislación de la mayoría de los países puede aplicar, en teoría, un criterio similar a los procedimientos de liquidación iniciados por el deudor y a los iniciados por los acreedores, en la práctica no se aplicará estrictamente este criterio en el caso de las solicitudes presentadas por el deudor. En algunas legislaciones, el deudor puede presentar solicitudes sin que tenga que cumplir un determinado requisito de dificultades financieras. En vista de estas consideraciones, puede ser conveniente que el deudor haga la solicitud en el marco del régimen de la insolvencia presentando una simple declaración sobre su situación financiera. En el caso de una persona jurídica, deben hacer la declaración los cargos directivos u otros miembros del órgano rector de la empresa.

36. Se puede argumentar que esa norma puede dar pie a que el deudor abuse del proceso falseando la situación y privando a los acreedores del pago íntegro de las deudas en un breve plazo. Para hacer frente a tal eventualidad, la legislación podría prever la posibilidad de que el tribunal competente declarara que el deudor ya no está sujeto al régimen de la insolvencia. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿podría haber otras soluciones?*]. En algunos países se deniega el acceso al procedimiento cuando se comprueba que con su solicitud el deudor pretende en realidad utilizar el sistema para eludir otras disposiciones legales y otras obligaciones legítimas.

37. Una cuestión relacionada con los procedimientos de insolvencia iniciados por el deudor es la posible imposición a éste de la obligación de solicitar un procedimiento al llegar a un determinado grado de precariedad financiera. Puede ser

ventajoso prever la obligación de actuar con prontitud; en el caso de la reorganización, las probabilidades de éxito aumentan si se actúa a tiempo, y en el caso de la liquidación, se protegen los intereses de los acreedores al impedir una mayor dispersión de los bienes del deudor. No obstante, al verse obligada a presentar una solicitud, la dirección de la empresa puede ver con reticencia la posibilidad de concertar un acuerdo extrajudicial de reorganización (que en determinados casos puede ser la opción más apropiada), puesto que si tarda en solicitar un procedimiento formal, puede incurrir en responsabilidad personal. Tal vez sea mejor adoptar incentivos (como la protección frente a posibles acciones de ejecución), para alentar a los deudores a iniciar pronto procedimientos, que prever penas para forzar al deudor a actuar con prontitud.

ii) Solicitud de procedimiento por parte de los acreedores

38. En el caso de una solicitud presentada por acreedores, aunque éstos puedan demostrar que el deudor no les ha pagado las sumas adeudadas, tal vez no resulte fácil aportar pruebas de que ha habido cesación general de pagos. En la práctica, el acreedor debe poder presentar pruebas de forma relativamente simple que documenten la presunción de la insolvencia del deudor sin imponer a los acreedores una carga de la prueba excesivamente onerosa.

39. Las legislaciones de insolvencia regulan de diversas formas la solicitud de procedimiento por parte de los acreedores. Se exige, por ejemplo, que la solicitud sea presentada por más de un acreedor (a fin de minimizar el riesgo de que un único acreedor trate de utilizar el proceso de insolvencia como mecanismo de ejecución de deudas), que las sumas adeudadas a los acreedores representen un determinado importe de créditos vencidos (o también un número de reclamaciones y un determinado importe), o que el deudor facilite información al tribunal que permita determinar si ha habido cesación general de pagos (véase el capítulo IV *infra*). La especificación de un determinado valor de los créditos tal vez no sea un requisito óptimo, dado que el valor de las monedas varía y puede haber que enmendar la legislación. Un requisito razonable, adecuado y objetivo puede ser la exigencia de que el deudor no haya pagado una deuda vencida en un plazo especificado después de haberse presentado por escrito una solicitud de pago.

iii) Solicitud de procedimiento por parte de una autoridad gubernamental

40. Además de las posibilidades descritas en los anteriores apartados i) y ii), la legislación sobre la insolvencia puede conferir a un organismo gubernamental (normalmente a la oficina del fiscal o a la entidad equivalente) la facultad no exclusiva de iniciar procedimientos de liquidación contra toda empresa que suspenda sus pagos o, como ocurre más generalmente en algunos países, cuando se considera que la solicitud de procedimiento es de interés público. En este último caso, es posible que no sea necesario demostrar la falta de liquidez, con lo cual los gobiernos tienen la posibilidad de poner fin a las actividades de empresas solventes que han realizado ciertas actividades, por ejemplo, de carácter fraudulento o delictivo. Si bien en ciertas circunstancias puede ser adecuado ejercer ese poder policial, es evidente que conviene evitar que se abuse de esa facultad, que debe ejercerse conforme a directrices claras.

b) Reorganización

41. Si bien en general las legislaciones sobre insolvencia prevén que los procedimientos de liquidación sean iniciados por un acreedor o por el deudor, no hay consenso sobre si los acreedores deben poder solicitar también procedimientos de reorganización. Dado que uno de los objetivos de esos procedimientos es dar a los acreedores la oportunidad de incrementar el valor de sus créditos mediante la reorganización de la empresa, puede convenir no dar exclusivamente al deudor la iniciativa para entablar tales procedimientos. La posibilidad de que los acreedores puedan solicitar una reorganización es también importante para decidir si los acreedores pueden proponer un plan de reorganización (véase el capítulo IV *infra*). Varios países adoptan el criterio de que, como en muchos casos el éxito de una reorganización beneficia principalmente a los acreedores, debe dárseles la oportunidad de proponer el plan. Si se sigue ese criterio, parece razonable prever asimismo que los acreedores puedan solicitar procedimientos de reorganización.

i) Solicitud de procedimiento por parte del deudor

42. A fin de alentar a los deudores a abordar con prontitud sus dificultades financieras, convendría no exigirles que esperaran hasta la cesación general de pagos (es decir, hasta que fueran insolventes) para presentar la solicitud. Diversos países han adoptado este criterio de la previsión de falta de liquidez, aunque de distintas formas. En algunas legislaciones, el procedimiento de reorganización no entraña de hecho la aplicación de una criterio de fondo y el deudor puede presentar la solicitud cuando lo desee. Otras legislaciones especifican que el deudor puede presentar una solicitud si prevé que no estará en condiciones de pagar sus deudas en la fecha de vencimiento. Este requisito de la previsión de falta de liquidez se ha adoptado, respecto de las solicitudes presentadas por deudores, incluso en países con procedimientos unitarios.

43. Estos criterios menos estrictos para solicitar procedimientos podrían inducir a los deudores a abusar del proceso. Por ejemplo, un deudor sin dificultades financieras podría tratar de iniciar un procedimiento y presentar un plan de reorganización que le permitiera liberarse de obligaciones onerosas, como los contratos laborales. La posibilidad de tales abusos depende del modo en que se formulen los elementos del procedimiento de reorganización, como el grado de control de la empresa que el deudor puede conservar en virtud de la ley una vez iniciado el procedimiento. Una forma de resolver el problema de las solicitudes de deudores que constituyan un abuso del proceso consistiría en permitir que el tribunal desestimara la solicitud de procedimiento a petición de una parte interesada, a condición de que esa denegación fuera lo más conveniente para los acreedores.

ii) Solicitud de procedimiento por parte de los acreedores

44. La aplicación del mismo criterio mínimo a la solicitud de procedimientos de reorganización por parte de los acreedores puede ser más difícil de justificar. Si la ley permite al deudor solicitar un procedimiento basándose en la previsión de falta de liquidez, será difícil saber de qué modo obtendrán los acreedores información suficiente para determinar si se ha cumplido ese criterio. De modo general, no parece razonable que se inicie cualquier tipo de procedimiento en contra de la voluntad del deudor, a menos que los acreedores puedan demostrar que se han vulnerado sus derechos.

45. Por estas razones, puede ser apropiado aplicar el mismo criterio para el inicio, por parte de los acreedores, de procedimientos tanto de liquidación como de reorganización (por ejemplo, la cesación general de pagos; véase la sección II.B *supra*). El criterio parece estar en consonancia con el enfoque dual y el enfoque unitario (tratados en la sección I *supra*), en que la aplicación de un criterio distinto depende más de si el solicitante es el deudor o un acreedor que del tipo de procedimiento iniciado. La excepción en la aplicación de este criterio sería el caso en que se impidiera a un deudor o a un acreedor solicitar un procedimiento de liquidación hasta que se determinara la imposibilidad de una reorganización. En tal caso, el criterio para entablar un procedimiento de liquidación no sería la cesación general de pagos sino la evidencia de que la reorganización no puede prosperar.

46. Al igual que en la liquidación, entre los criterios para la protección de solicitudes de reorganización por acreedores puede figurar el requisito de que la solicitud sea presentada por un determinado número de acreedores o por acreedores cuyos créditos vencidos alcancen un determinado valor, o una combinación de ambos requisitos.

c) Cuestiones de procedimiento

47. Los procedimientos de insolvencia plantean una serie de problemas de procedimiento. La cuestión preliminar es la forma en que puede iniciarse el proceso. En muchos países, la práctica habitual consiste en que un tribunal de la jurisdicción competente determine, sobre la base de la solicitud de procedimiento, si se cumplen los requisitos para entablar tal procedimiento. Algunas legislaciones siguen criterios diferentes, permitiendo, por ejemplo, que se solicite un proceso voluntario de reorganización presentando una declaración ante una autoridad administrativa. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Hay otros ejemplos?*]

48. Cuando un tribunal deba adoptar la decisión sobre la apertura de un procedimiento, puede resultar necesario en la práctica asegurar que el procedimiento no sufra demoras. Una forma de garantizarlo puede consistir en fijar un determinado plazo, tras la presentación de la solicitud, durante el cual deba decidirse la apertura del procedimiento.

49. En caso de una solicitud voluntaria del deudor, los acreedores u otras personas interesadas tienen un derecho directo a recibir notificación de la solicitud y la oportunidad de impugnar las presunciones sobre el cumplimiento de los requisitos para el procedimiento por parte del deudor y sobre la insolvencia, para lo cual tal vez convenga fijar un plazo concreto a fin de que el procedimiento no se prolongue innecesariamente. Los acreedores conocidos pueden recibir directamente la notificación, pero puede haber otros acreedores sobre los que no se disponga de datos y que deben ser igualmente informados; para ello los legisladores han previsto el requisito de divulgación en una publicación gubernamental oficial o en un diario nacional económico o de amplia difusión. En el caso de los procedimientos solicitados por acreedores, puede haber que notificar al deudor y darle la oportunidad de impugnar las presunciones de que los créditos de los acreedores tienen un determinado valor, han vencido y no se han cobrado. En el capítulo IV *supra* se analizan las disposiciones por las que se requiere al deudor que proporcione la información necesaria y por las que se autoriza a los acreedores a solicitar esa información.

d) Costos

50. Las solicitudes de procedimiento de insolvencia presentadas por deudores y acreedores pueden estar sujetas al pago de tasas que pueden servir para sufragar los gastos del proceso de insolvencia. Al fijarse el importe de las tasas, debe procurarse que no sean excesivamente elevadas, para no desanimar a los deudores deseosos de presentar una solicitud, pero que sirvan para cubrir una parte importante de los gastos del procedimiento. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Hasta qué punto es conveniente abordar cuestiones de costos en la Guía?*]

2. Resumen: Solicitud y apertura

51. Las solicitudes de liquidación pueden ser presentadas por:

a) Un deudor, sobre la base de una cesación general de pagos [o de su incapacidad para pagar las deudas en la fecha de su vencimiento];

b) Uno o más acreedores, a condición de que un determinado número de acreedores puedan demostrar que tienen créditos que ya han vencido y que el deudor no ha pagado;

c) Una autoridad [gubernamental] [prescrita].

52. La solicitudes de reorganización pueden ser presentadas por:

a) Un deudor, cuando prevea que no estará en condiciones de pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento o cuando, llegado ese momento, no pueda hacerlo;

b) Uno o más de sus acreedores, a condición de que un determinado número de acreedores puedan demostrar que tienen créditos que ya han vencido y que el deudor no ha pagado.

53. La solicitud de apertura de un procedimiento debe presentarse ante el tribunal, el cual debe adoptar una decisión al respecto en un plazo especificado.

54. La solicitud debe notificarse al deudor (en caso de que la haya presentado un acreedor) y a los acreedores (en caso de que la haya presentado el deudor).

III. Consecuencias de la apertura de procedimientos de insolvencia

A. El patrimonio de la insolvencia

1. Observaciones generales

55. En todo proceso de insolvencia, ya sea de liquidación o de reorganización, es fundamental determinar, reunir, preservar y proteger los bienes que constituyen el patrimonio que debe administrarse, y disponer de ellos. Todos los regímenes prevén de un modo u otro el concepto del patrimonio de la insolvencia o determinan los bienes que estarán sujetos a los procedimientos de insolvencia. Algunas legislaciones excluyen por completo de la administración del proceso de insolvencia ciertos tipos de bienes o los bienes que son objeto de ciertos derechos. Cuando los bienes están sujetos a garantías reales en beneficio de un acreedor, algunos

regímenes prevén que estarán sujetos a los procedimientos de insolvencia (y, por consiguiente, a la suspensión o a otros efectos de la apertura de un procedimiento), mientras que otros disponen que estos bienes no se verán afectados por la insolvencia y que los acreedores pueden proceder a ejecutar sus derechos legales y contractuales (véase la sección III.B, Suspensión del procedimiento). Otras legislaciones requieren que todos los bienes estén sujetos a los procedimientos desde el comienzo, a reserva de que se demuestren daños o perjuicios. La determinación de lo que está sujeto o no a los procedimientos (y de lo que, por lo tanto, forma parte o no del concepto de "patrimonio", cuando se usa ese término) afectará al alcance y a la marcha de los procedimientos y será un factor decisivo para el éxito de una reorganización.

a) Bienes que deben considerarse parte del patrimonio

56. Entre los bienes del patrimonio figuran normalmente los que tiene el deudor en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia, así como los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia después de esa fecha, ya sea en ejercicio de sus poderes de anulación (véase la sección III.D, Acciones de anulación) o en el curso normal de la administración de los negocios del deudor. En el caso de una persona física, el patrimonio podría excluir los bienes relacionados, por ejemplo, con las ganancias obtenidas después de la solicitud del procedimiento por la prestación de servicios personales, los bienes necesarios para la subsistencia del deudor y los bienes personales y domésticos.

57. Cabe considerar que los bienes del deudor comprenden todos los bienes sobre los que éste tenga un derecho, independientemente de si están en su posesión en el momento de entablarse el procedimiento, incluidos los bienes corporales e inmateriales. Los bienes corporales (dinero en efectivo, equipo, inventario y bienes inmuebles) deberían poder encontrarse fácilmente en los libros de contabilidad del deudor. Los bienes clasificables como inmateriales [sobre los que tenga derechos el deudor] varían de un Estado a otro según la legislación. En el caso de las personas físicas, el patrimonio puede incluir también bienes como los derechos sucesorios a los que pueda aspirar el deudor o que éste tenga al iniciarse el procedimiento de insolvencia o que nazcan durante el procedimiento.

b) Bienes de terceros

58. Pueden plantearse cuestiones complejas al determinar si un bien es propiedad de una empresa o si pertenece a un tercero pero está en posesión del deudor en virtud de un acuerdo de utilización, arrendamiento o licencia. En general, los bienes que son propiedad de un tercero pero están en posesión del deudor al entablarse el procedimiento no se consideran parte del patrimonio. Los bienes que utilice el deudor pero que estén sujetos a un acuerdo de arrendamiento en que el arrendador conserve la titularidad jurídica pueden requerir especial atención. En los países en que se da considerable importancia a la financiación mediante títulos (en que el proveedor de fondos tiene la titularidad o la propiedad del bien, a diferencia de lo que ocurre con las hipotecas o las garantías reales), puede ser necesario respetar la titularidad del acreedor sobre el bien y permitirle separar el bien del patrimonio (a reserva de lo dispuesto en las reglas de la sección III.C, Tratamiento de los contratos: el derecho a separar un bien del patrimonio puede estar limitado si el representante de la insolvencia ratifica el contrato de arrendamiento). Otros países

pueden optar por analizar a fondo estos arreglos de financiación para determinar si el arrendamiento es, en realidad, un acuerdo encubierto de préstamo garantizado, en cuyo caso el arrendador estaría sujeto a las mismas restricciones que el prestamista garantizado.

c) Recuperación de bienes

59. La determinación de los bienes que estarán sujetos al procedimiento puede requerir una acción del representante de la insolvencia para recuperar los bienes del patrimonio indebidamente transferidos o los bienes que se transfirieron durante la insolvencia violando el principio de pari passu (en virtud del cual los acreedores de la misma categoría deben recibir idéntico trato y cobrar de los bienes del patrimonio una parte proporcional a sus créditos). La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén un medio para anular y recuperar el valor de ciertas transacciones anteriores, concretamente aquellas por las que se haya dado un trato preferente a algunos acreedores, que hayan sido de carácter fraudulento o que se hayan llevado a cabo para impedir a los acreedores materializar sus derechos (véase la sección III.D, Acciones de anulación).

2. Resumen: Patrimonio de la insolvencia

[...]

B. Suspensión del procedimiento

1. Observaciones generales

60. La imposición de una suspensión o “moratoria” sobre las acciones y los procedimientos entablados por los acreedores contra los bienes del deudor es una medida con la cual se reconoce la naturaleza colectiva de los procedimientos de insolvencia. Al impedir que los acreedores desmembren la empresa comercial del deudor para satisfacer sus intereses, la suspensión puede permitir que el procedimiento de insolvencia se administre de forma equitativa y ordenada. Una de las cuestiones clave para elaborar un régimen eficaz de la insolvencia es la necesidad de tener en cuenta, por una parte, los beneficios inmediatos que obtiene la entidad con una amplia suspensión que limite las demandas de los acreedores y, por otra, los beneficios a más largo plazo que puede reportar una suspensión que no obstaculice excesivamente las relaciones contractuales con los acreedores.

61. El alcance de los derechos afectados por la suspensión varía considerablemente entre los países. La necesidad de suspender las acciones entabladas por los acreedores con créditos no garantizados contra el deudor o sus bienes apenas se debate. En cambio, la aplicación de la suspensión a los acreedores con créditos garantizados puede resultar más difícil y requiere que se tengan en cuenta distintos intereses opuestos, por ejemplo, el derecho a que se cumplan los contratos; a asegurar que los acreedores cobren de los bienes del patrimonio una parte proporcional a sus créditos; a maximizar el valor de los bienes para todos los acreedores; y, en casos de reorganización, a que el proceso prospere y la empresa resulte viable.

a) Aplicación de la suspensión

62. La cuestión preliminar es si la suspensión debe ser automática o si el tribunal puede imponerla discrecionalmente. Si bien la opción elegida puede depender de cuestiones de política nacional y de factores como la disponibilidad de información financiera fiable y la posibilidad de que el deudor y los acreedores tengan acceso a un poder judicial independiente con experiencia en cuestiones de insolvencia, la suspensión automática es un rasgo característico de muchos regímenes modernos de la insolvencia.

i) Liquidación

63. En un procedimiento de liquidación, la suspensión permite a los acreedores de la misma categoría participar de forma equitativa y ordenada en la materialización y distribución de los bienes del deudor, en beneficio de todos los acreedores. Se hace hincapié en la venta total o parcial de los bienes, a fin de que los acreedores puedan cobrar lo antes posible el producto de esa venta. El objetivo primordial del proceso es obtener el máximo valor.

64. A pesar de ese objetivo, deben tenerse en cuenta, además de los derechos de los acreedores garantizados, los derechos de los acreedores no garantizados en general. Está claro que cuando no hay ningún interés en preservar la integridad de la empresa para su venta como negocio en marcha, en un procedimiento de liquidación deben favorecerse los derechos contractuales de los acreedores garantizados. Al mismo tiempo, al proteger esos derechos garantizados, puede tenerse en cuenta que para maximizar el valor tal vez sea necesario vender los bienes de la empresa en bloque, y no por partes. Este es el caso particularmente cuando el valor de los bienes no disgregados es superior al que se obtendría si se dividieran, por lo que la primera opción resultaría más beneficiosa para los acreedores en general. La mayoría de las veces, los acreedores garantizados disponen de garantías sobre los bienes más importantes de la empresa.

65. Algunos países se guían por el criterio de que para que la suspensión sea eficaz, debe ser muy amplia, hacerse extensiva a todos los recursos y procedimientos administrativos, judiciales o personales contra el deudor y sus bienes, e impedir que los acreedores no garantizados y garantizados ejerzan sus derechos de ejecución y que los gobiernos ejerzan sus derechos de prelación. La suspensión afecta a menudo a las acciones legales contra el deudor y se puede prever, en caso necesario, su reanudación. En algunos países, la suspensión no se aplica a las demandas de los empleados contra el deudor, pero sí a las acciones de ejecución resultantes de esos procesos.

66. Es preciso especificar claramente qué acreedores entrarán en las categorías sujetas a la suspensión. Por ejemplo, si ha de quedar excluida alguna categoría de acreedores, como los acreedores preferentes (incluidos los empleados), los titulares de gravámenes legales, los gobiernos y los funcionarios y sus respectivos representantes y empleados, es conveniente que esa exclusión esté claramente enunciada. También puede convenir tener en cuenta la necesidad de otras exenciones, como las de los derechos de compensación y la liquidación global de contratos financieros por saldos netos, los bienes que no suelen necesitarse para vender la empresa como negocio en marcha, como las garantías en efectivo, o exenciones para proteger los intereses de orden público o para prevenir abusos,

como la utilización de los procedimientos de insolvencia para encubrir actividades ilegales.

67. Las repercusiones negativas que pueda tener la suspensión en los derechos de los acreedores garantizados pueden paliarse al regular la duración de la suspensión o la protección del valor de la garantía y también ofreciendo a los acreedores garantizados la posibilidad de levantar la suspensión cuando los derechos de garantía no estén suficientemente protegidos o cuando la garantía no sea necesaria para la venta de toda la empresa o de una parte productiva de ésta.

ii) Reorganización

68. En los procedimientos de reorganización, la suspensión concede al deudor una pausa y la posibilidad de reorganizar sus negocios y de preparar un plan de reorganización y otras medidas necesarias para garantizar el éxito del proceso. En la reorganización, la suspensión tiene de por sí un mayor impacto y reviste, por lo tanto, mayor trascendencia que en la liquidación; además, puede suponer un importante incentivo para los deudores a la hora de solicitar procedimientos de reorganización. Varias de las consideraciones ya examinadas con respecto a la imposición de una suspensión en un procedimiento de liquidación son igualmente pertinentes en el caso de los procedimientos de reorganización, a saber, el momento de aplicación de la suspensión, la cuestión de si la suspensión es automática o está sujeta a la discreción del tribunal y el alcance de la suspensión.

69. A fin de proteger los bienes que puedan utilizarse para reorganizar la empresa, habría que imponer la suspensión a todos los acreedores desde el comienzo formal del procedimiento de reorganización. A diferencia de lo que ocurre en los procedimientos de liquidación, en algunos regímenes de la insolvencia las acciones legales no se ven afectadas por la suspensión.

b) Medidas cautelares y momento de aplicación de la suspensión

70. Una cuestión que se plantea es la del momento en que debe surtir efecto la suspensión tanto en una liquidación como en una reorganización. En muchos países, puede transcurrir cierto tiempo entre el momento en que se presenta la solicitud y la apertura del procedimiento de insolvencia. Durante ese lapso, existe la posibilidad de que los bienes del deudor se dispersen; el deudor puede transferir bienes fuera de su empresa o los acreedores pueden adoptar medidas para prevenir los efectos de una eventual suspensión ulterior. Una de las posibilidades consiste en dictar la suspensión cuando el deudor presente la solicitud o, en caso de solicitud de un acreedor, después de iniciarse el procedimiento. Si la suspensión no entra en vigor hasta la apertura del procedimiento, existe también la posibilidad de permitir que se dicten medidas cautelares o provisionales durante el período que media entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. Entre esas medidas pueden figurar la designación de un representante preliminar de la insolvencia; la prohibición de que el deudor disponga de sus bienes; el embargo total o parcial de los bienes del deudor; y la suspensión de la ejecución de derechos de garantía contra el deudor. Algunos regímenes consideran nulas las transacciones concertadas por el deudor durante este período. Dado que este tipo de medidas se adoptan antes de que se decida si se cumplen o no los criterios para iniciar un procedimiento, puede pedirse a los acreedores que las solicitan que aporten pruebas de que la medida es necesaria y, en algunos casos, que paguen una caución.

c) Duración de la suspensión

i) Acreedores con créditos no garantizados: liquidación y reorganización

71. Tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, muchas legislaciones disponen que la suspensión es aplicable a los acreedores no garantizados mientras dure el procedimiento.

ii) Acreedores con créditos garantizados: liquidación

72. La aplicación de la suspensión a los acreedores garantizados se regula de diversos modos. Algunos ordenamientos jurídicos excluyen a los acreedores garantizados de la suspensión, mientras que otros les aplican automáticamente la suspensión, desde el comienzo del procedimiento, durante un breve período de 30 ó 60 días, salvo cuando la garantía no sea esencial para la venta de la totalidad de la empresa. En otros países, la suspensión afecta a los acreedores garantizados durante todo el procedimiento, a reserva de que un tribunal dicte en su favor una medida en sentido contrario. Cuando la suspensión esté limitada en el tiempo, la ley puede prever su prórroga a petición del representante de la insolvencia si puede demostrarse que la prórroga es necesaria para maximizar el valor de la empresa. Puede haber que demostrar, por ejemplo, que hay una posibilidad razonable de vender la empresa, o algunas de sus dependencias, como negocio en marcha. Para ofrecer una protección suplementaria, puede convenir que el legislador limite el período de prórroga de la suspensión.

iii) Acreedores con créditos garantizados: reorganización

73. En los procedimientos de reorganización puede ser necesario que la suspensión se aplique a los acreedores garantizados mientras duren los procedimientos, a fin de que la reorganización transcurra sin tropiezos, evitando que se separe algún bien del patrimonio antes de que concluya la reorganización. Puede ser necesario prever excepciones cuando una garantía no sea esencial para la reorganización o cuando el acreedor pueda demostrar otras razones para que se levante la suspensión.

d) Levantamiento de la suspensión

74. Tanto en la liquidación como en la reorganización pueden surgir circunstancias en que sea apropiado prever disposiciones que permitan levantar la suspensión o dejar de aplicarla. Para atender esas circunstancias, la ley puede prever, por ejemplo, que el acreedor pueda solicitar el levantamiento de la suspensión cuando no reciba una protección adecuada para el valor del bien dado en garantía. Cuando esa protección no sea posible o suponga una carga excesivamente onerosa para el patrimonio, el representante de la insolvencia puede tomar la iniciativa de liberar la garantía. Existen ejemplos de leyes que permiten a un acreedor no garantizado no estar sujeto a la suspensión a fin de que, por ejemplo, pueda resolverse una reclamación en otro foro en que la acción legal del acreedor ya esté muy adelantada y le convenga llevarla hasta el final, o a fin de que pueda hacerse valer un crédito frente a un asegurador del deudor.

75. En una liquidación, puede ser también necesario prever la posibilidad de entregar al acreedor garantizado bienes sobre los que tenga una garantía, cuando se

compruebe la validez de su garantía y los bienes garantizados no tengan ningún valor para el patrimonio de la insolvencia, o cuando el representante de la insolvencia no pueda hacerlos efectivos en un plazo razonable.

e) Protección del valor económico

76. Otras medidas encaminadas a hacer frente a la repercusiones negativas de la suspensión para los acreedores con créditos garantizados son las que tienen por objeto mantener el valor económico de los créditos garantizados durante el período de la suspensión (denominadas, en algunas jurisdicciones, medidas de "protección adecuada"). Uno de los criterios consiste en proteger el valor de la garantía en sí en el entendimiento de que, cuando se haga la liquidación, el producto de la venta de la garantía se distribuirá directamente al acreedor proporcionalmente al valor de la parte garantizada de su crédito. Además del levantamiento de la suspensión, esto puede suponer una serie de medidas como la indemnización por depreciación, el pago de intereses, y la protección y la indemnización por utilización de la garantía.

77. Otra forma de proteger los intereses de los acreedores con créditos garantizados consiste en proteger el valor de la parte garantizada del crédito. Inmediatamente después de iniciarse el procedimiento, se valora el bien gravado y, sobre la base de esta evaluación, se determina el valor de la parte garantizada del crédito del acreedor. Este valor permanece invariable durante todo el procedimiento y, al procederse a la distribución tras la liquidación, el acreedor garantizado cobra con prioridad el crédito en función de ese valor. Durante el procedimiento, el acreedor garantizado podría también cobrar el tipo de interés contractual correspondiente a la parte garantizada del crédito como compensación por la demora impuesta por el procedimiento. En algunos regímenes de la insolvencia, el pago de intereses se limita a las situaciones en que el valor de la garantía es superior al de la suma reclamada. De otro modo, el pago de compensación por la demora agotaría los bienes disponibles para los acreedores con créditos no garantizados.

78. Puede precisarse orientación para determinar el momento y la forma en que los acreedores que dispongan de algún tipo de garantía sobre los bienes del deudor pueden tener derecho a los tipos de protección antes descritos. Si bien en un procedimiento de reorganización los acreedores garantizados pueden ver ligeramente mermada su situación con respecto a la garantía, no es conveniente que lleve la carga exclusiva o principalmente un único acreedor garantizado o un grupo de acreedores garantizados, ni que todos los acreedores se vean materialmente perjudicados por la continuación del procedimiento de reorganización.

2. Resumen: Suspensión del procedimiento

79. La aplicación de la suspensión puede ser automática o discrecional.

a) Momento de aplicación de la suspensión

80. Tanto en una liquidación como en una reorganización puede suspenderse el procedimiento:

a) En el momento en que el deudor presenta la solicitud;

b) En el momento de iniciarse el procedimiento (en caso de solicitud por parte de un acreedor).

b) Partes afectadas por la suspensión

i) Liquidación

81. Cabe adoptar dos criterios distintos:

a) Suspensión tanto para los acreedores garantizados como para los no garantizados; o

b) Suspensión para los acreedores no garantizados, con una disposición que prevea que la suspensión podrá afectar también a los acreedores garantizados a petición del deudor y/o del representante de la insolvencia.

ii) Reorganización

82. La suspensión puede afectar tanto a los acreedores garantizados como a los no garantizados, a reserva de eventuales medidas cautelares.

c) Duración de la suspensión

i) Acreedores con créditos no garantizados

83. Tanto en la liquidación como en la reorganización, la suspensión puede surtir efecto durante todo el procedimiento.

ii) Acreedores con créditos garantizados

84. En una liquidación, la suspensión puede afectar a los acreedores garantizados durante un período limitado (30 a 60 días), con la posibilidad de prever excepciones, por ejemplo, cuando la garantía no sea esencial para la venta de la totalidad de la empresa.

85. En una reorganización, la suspensión puede afectar a los acreedores garantizados durante todo el procedimiento, salvo si se determina que la garantía no es necesaria para el procedimiento de reorganización.

d) Medidas contra la suspensión: liquidación y reorganización

86. Un acreedor garantizado puede solicitar el levantamiento de la suspensión si puede demostrar que sufre graves perjuicios (por ejemplo, si no recibe una protección adecuada para el valor económico de la garantía). La suspensión puede dejar de aplicarse si el representante de la insolvencia determina que la protección del valor de la garantía no es factible o resulta demasiado onerosa.

e) Protección del valor económico

87. [Se insertarán medidas concretas]

C. Tratamiento de los contratos

1. Observaciones generales

88. Es inevitable que al iniciarse el procedimiento de insolvencia el deudor sea parte en un contrato que aún no se haya cumplido íntegramente. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que el representante de la insolvencia pueda intervenir en

esos contratos, rechazándolos y rescindiéndolos o manteniéndolos (con la posibilidad de cederlos posteriormente). Un ejemplo de ello sería un contrato en que el deudor hubiera convenido en adquirir un determinado bien a un precio equivalente a la mitad de su precio en el mercado en el momento de la insolvencia; es evidente que el representante de la insolvencia tendría interés en seguir adquiriendo el bien a ese precio inferior para venderlo al precio del mercado. Naturalmente, en tal caso la otra parte desearía liberarse de un acuerdo que ya no sería rentable, pero en muchos regímenes no puede hacerlo, aunque tenga el derecho a que se le garantice el pago íntegro del precio del contrato.

89. Al igual que en las acciones de anulación (véase la sección III.D), el poder de decisión que tiene el representante de la insolvencia con respecto a los contratos se justifica por la necesidad de obtener el máximo valor del patrimonio. Para lograr ese objetivo puede convenir aprovechar los contratos beneficiosos que aporten valor y rechazar los que resulten onerosos o que reporten beneficios inferiores a los costos del momento. En la maximización del valor deben tenerse en cuenta otros intereses concurrentes como los problemas sociales que plantean algunos tipos de contratos, por ejemplo los contratos laborales, y las consecuencias que tiene para la previsibilidad de las relaciones comerciales y financieras la capacidad del representante de la insolvencia para adoptar decisiones sobre las condiciones de los contratos no cumplidos. Sean cuales sean las reglas adoptadas para mantener vigente o rescindir un contrato, es conveniente que sólo se pueda mantener o rescindir el contrato en su totalidad, a fin de evitar que el representante de la insolvencia pueda mantener ciertas partes de un contrato y rescindir otras.

90. A medida que se desarrolla una economía, cada vez es mayor la parte de su riqueza que puede dimanar de contratos y cada vez menor la que dimana de las tierras. Por consiguiente, el tratamiento de los contratos en la insolvencia reviste una importancia decisiva. En la formulación de normas jurídicas al respecto se plantean dos dificultades generales. La primera de ellas radica en que los contratos se diferencian de todos los demás bienes del patrimonio de la insolvencia por estar generalmente vinculados a obligaciones o créditos. Así, ocurre a menudo que el patrimonio debe cumplir o pagar para disfrutar de los derechos que pueden representar activos de valor. A consecuencia de ello deben adoptarse decisiones difíciles sobre cómo proceder con un contrato que reportará el mayor valor al patrimonio. Normalmente se encomienda esta evaluación al representante de la insolvencia. Algunas legislaciones requieren también la aprobación judicial.

91. La segunda dificultad radica en la gran diversidad de contratos. Existen simples contratos de compraventa de bienes; arrendamientos de tierras o de bienes personales a corto o a largo plazo; y contratos de enorme complejidad para franquicias o para la construcción y explotación de grandes instalaciones, por no citar más que algunos tipos de contratos. Además, puede darse el caso de que el deudor haya sido comprador o vendedor, proveedor o cliente en virtud de un contrato, y los problemas que se plantean en la insolvencia pueden verse de forma muy distinta por una u otra parte. La solución más habitual consiste en prever reglas generales para todos los tipos de contratos y excepciones para ciertos contratos especiales, tal como se expone a continuación.

92. En caso de quiebra, los contratos se dividen en dos categorías financieras: los contratos celebrados por el deudor antes de la insolvencia y los contratos celebrados una vez iniciado el procedimiento de insolvencia. En muchos regímenes, el

incumplimiento de un contrato previo a la insolvencia da lugar a un crédito no garantizado anterior a la insolvencia que suele pagarse por prorrateo, mientras que el incumplimiento de un contrato posterior a la insolvencia suele generar un crédito con prelación que, por consiguiente, se paga íntegramente con los fondos disponibles para la administración de la insolvencia. La distinción entre ambos supuestos desaparece cuando el representante de la insolvencia trata de cumplir un contrato previo a la insolvencia basándose en una evaluación conforme a la cual el cumplimiento del contrato reportará más beneficios netos que su incumplimiento. Si la administración mantiene el contrato, hace suyo el contrato del deudor y cualquier incumplimiento ulterior constituirá también, en la mayoría de los regímenes, un crédito con máxima prelación para la administración (véase la sección V *infra*).

93. Algunas clases de contratos plantean problemas sociales que pueden requerir un tratamiento especial en los regímenes de la insolvencia. Se trata, por ejemplo, de los acuerdos laborales, las operaciones en los mercados financieros y los contratos de servicios personales, en que la identidad de la parte que debe cumplir el acuerdo, ya sea el deudor o un empleado de éste, es de particular importancia. Puede limitarse, por ejemplo, la capacidad del representante de la insolvencia para rescindir contratos de trabajo por temor a que se utilice la liquidación como medio para eliminar expresamente las medidas de protección que prevén esos contratos para los empleados. Un problema conexo es el de las circunstancias en que el representante de la insolvencia puede alterar las cláusulas y condiciones de los tipos de contratos que requieren especial tratamiento.

a) Rescisión

i) Liquidación

94. En general, es conveniente que el representante de la insolvencia esté facultado para rescindir un contrato cuando ninguna de las dos partes haya cumplido plenamente las obligaciones previstas en él. Pueden adoptarse distintos mecanismos para facilitar la rescisión. Una de las posibilidades es exigir al representante de la insolvencia que adopte medidas para rescindir el contrato. Otra posibilidad consiste en considerar automáticamente rescindido el contrato si, en un determinado plazo, el representante de la insolvencia no opta por mantener el contrato. Si se rescinde tal contrato, la otra parte queda dispensada del cumplimiento del resto del contrato y la única cuestión importante por determinar es el cálculo de los daños y perjuicios no garantizados que se deriven de la rescisión. La otra parte pasa a ser un acreedor no garantizado con un crédito de valor equivalente a los daños y perjuicios. Puede haber circunstancias en que sea conveniente prever recursos especiales en caso de cancelación de ciertos tipos de contratos, como los de arrendamiento, tanto si el deudor es el arrendatario como si es el arrendador. Si el deudor es el arrendatario, puede fijarse un tope para los daños y perjuicios a fin de que el crédito correspondiente a un arrendamiento de larga duración no perjudique los créditos de otros acreedores. Normalmente, los arrendadores pueden mitigar las pérdidas realquilando los bienes. Si el deudor es un arrendador, puede ser necesario proteger los derechos de ocupación del arrendatario.

ii) Reorganización

95. Las posibilidades de que prospere una reorganización pueden aumentar si se permite al representante de la insolvencia rechazar los contratos onerosos cuyo

cumplimiento tenga un costo superior a los beneficios que pueda reportar o también cuando, por ejemplo, un contrato de arrendamiento aún no expirado prevea un precio de alquiler superior al del mercado.

iii) Excepciones

96. Independientemente del grado de poder conferido al representante de la insolvencia para mantener o rescindir contratos, pueden requerirse excepciones para ciertos contratos. Una importante excepción es la facultad para poner fin a contratos laborales. Si bien esos contratos son particularmente pertinentes en una reorganización, también lo son en una liquidación cuando el representante de la insolvencia trata de vender la empresa como negocio en marcha. Puede obtenerse un precio más alto si el representante de la insolvencia está habilitado para poner fin a contratos de empleo onerosos. A fin de evitar que se utilice el procedimiento de insolvencia para eliminar la protección de los empleados, algunos países limitan específicamente la capacidad para poner fin a los contratos laborales. También cabe imponer una limitación similar al derecho de rescisión en el caso de los acuerdos de arrendamiento cuando el deudor sea el arrendador o el que conceda una franquicia o cuando el deudor sea el otorgante de una licencia de propiedad intelectual y la anulación de la licencia pueda poner fin al negocio del licenciatario, particularmente cuando la ventaja para el deudor sea relativamente limitada.

b) Mantenimiento de la vigencia de los contratos

i) Reorganización

97. En toda reorganización, procedimiento cuyo objetivo es conseguir que la empresa sobreviva y continúe con sus negocios en la medida de lo posible, puede ser crucial que exista la posibilidad de mantener vigentes contratos beneficiosos para el negocio que aporten un valor económico suplementario a la empresa. Si un régimen de la insolvencia no fija límites para la eficacia de las cláusulas de rescisión de los contratos al solicitarse o iniciarse una reorganización, el procedimiento puede tener menos posibilidades de prosperar.

98. La cuestión que se plantea de entrada es si el contrato pertinente contiene una cláusula en virtud de la cual la apertura de un procedimiento de insolvencia constituye un acto de incumplimiento que da a la otra parte un derecho incondicional a la rescisión, aceleración o algún otro derecho. Algunas legislaciones mantienen la validez de tales cláusulas y el representante de la insolvencia sólo puede mantener el contrato si la otra parte no opta por rescindir o acelerar el contrato o se la puede convencer para que no opte por tales posibilidades. Cuando la otra parte pueda poner fin a un contrato, el régimen de la insolvencia puede prever un mecanismo para persuadir a esa parte para que mantenga el contrato, disponiendo, por ejemplo, que el contrato dé prioridad al pago de los servicios prestados después de iniciarse el procedimiento. Otras legislaciones disponen que el representante de la insolvencia puede mantener el contrato pese a la oposición de la otra parte, lo cual significa que la ley prevalece sobre cualquier derecho a rescindir o acelerar el contrato por el mero hecho de que el inicio de un procedimiento de insolvencia se considere un acto de incumplimiento.

99. Entre los argumentos a favor que no prevalezcan las cláusulas de rescisión y aceleración en un procedimiento de reorganización figuran la necesidad de

incrementar el potencial de ganancias de la empresa, de reducir el poder de negociación de un proveedor esencial, de obtener valor de los contratos del deudor en beneficio de los acreedores; [...].

100. Entre los argumentos en contra de que no prevalezca el derecho de la otra parte a poner fin al contrato cabe citar la necesidad de impedir que el deudor actúe de forma selectiva cumpliendo los contratos rentables y cancelando otros, una ventaja de la que no dispone la otra parte; las consecuencias que tendría para la compensación por saldos netos una disposición en virtud de la cual no prevalecieran las cláusulas de rescisión y aceleración; la convicción de que como en general una empresa insolvente no podrá pagar, todo aplazamiento de la rescisión de los contratos puede hacer aumentar la deuda; la capacidad de los creadores de propiedad intelectual para controlar la utilización de esa propiedad; y las repercusiones que puede tener para la empresa de la otra parte la rescisión de un contrato con respecto a un bien inmaterial general.

101. Cuando los regímenes de la insolvencia prevén que las cláusulas de rescisión pueden no prevalecer, los acreedores pueden adoptar medidas preventivas y poner fin al contrato antes de la solicitud del procedimiento de insolvencia. Esta situación puede atenuarse disponiendo que el representante de la insolvencia está facultado para volver a dar vigencia a esos contratos, siempre y cuando se cumplan las obligaciones anteriores y posteriores al comienzo del procedimiento.

102. Los contratos mantenidos en vigor se consideran obligaciones continuas de la empresa que deben cumplirse, y todas las obligaciones contractuales del patrimonio pasan a ser obligaciones posteriores al comienzo del procedimiento. En algunos regímenes de la insolvencia, los créditos derivados del cumplimiento del contrato después de la apertura del procedimiento de insolvencia se tratan como gastos administrativos (véase la sección V *infra*) y se les da prioridad en la distribución. Cuando el representante de la insolvencia viola un acuerdo después de ser mantenido en vigor, la parte perjudicada por el incumplimiento puede tener derecho a ejercer sus derechos y a utilizar los recursos que prevea el acuerdo de conformidad con la legislación aplicable al margen del régimen de la insolvencia y puede tener derecho al pago de daños y perjuicios, lo cual puede clasificarse también como crédito administrativo (por oposición a crédito no garantizado).

103. Si el deudor ya ha incumplido un contrato antes de la solicitud de procedimiento, conviene determinar si es equitativo requerir a la otra parte que negocie con un deudor insolvente cuando ya hubo incumplimiento antes de la insolvencia. Algunas legislaciones requieren, para la continuación del contrato, que el representante de la insolvencia subsane los incumplimientos del contrato y asegure su futuro cumplimiento aportando, por ejemplo, una caución o una garantía.

ii) Liquidación

104. En la liquidación, el mantenimiento de la vigencia de los contratos tal vez sea menos importante que en la reorganización, salvo cuando el contrato pueda añadir valor económico a la empresa o a un determinado bien, promoviendo así su venta como negocio en marcha. Un acuerdo de arrendamiento, por ejemplo, en que el alquiler esté por debajo del valor en el mercado y que aún le falte mucho tiempo para expirar, puede resultar crucial para cualquier propuesta de venta de la empresa.

105. Entre los argumentos a favor de que no prevalezcan las cláusulas de rescisión en una liquidación figuran la necesidad de mantener la integridad de la empresa para maximizar su valor de venta o incrementar sus posibilidades de ingresos; la necesidad de reducir el poder de negociación de un proveedor esencial; y la conveniencia de asociar a todas las partes al trámite final de disposición de la empresa.

iii) Excepciones

106. Las excepciones a la facultad del representante de la insolvencia para mantener vigentes los contratos suelen dividirse en dos categorías. Con respecto a la primera categoría, cuando el representante de la insolvencia está facultado para dejar sin efecto las disposiciones de rescisión, puede haber excepciones concretas para contratos como los contratos financieros a corto plazo (por ejemplo, los acuerdos de permuta o de futuros). La segunda categoría se refiere a los contratos en que, independientemente del modo en que el régimen de la insolvencia regula las disposiciones de rescisión, no es posible mantener el contrato porque prevé que el deudor preste servicios personales insustituibles (por ejemplo, los de un cantante de ópera).

c) Cesión

107. Los contratos mantenidos en vigor pueden cederse posteriormente en beneficio del patrimonio. En algunos regímenes de la insolvencia se requiere el asentimiento de la otra parte o de todas las partes, mientras que en otros los procedimientos de insolvencia anulan las cláusulas de intransferibilidad. En tales casos, el representante de la insolvencia tiene libertad para ceder el contrato en beneficio del patrimonio. Si bien en algunos países esta última opción se considera de importancia crucial en los procedimientos de liquidación, otros países la desconocen por completo o la prohíben.

108. El hecho de que el representante de la insolvencia pueda optar por mantener en vigor y ceder contratos en contra de lo dispuesto en el contrato puede resultar muy provechoso para el patrimonio y, por lo tanto, para los beneficiarios del producto de la distribución tras la liquidación. Ahora bien, esta facultad del representante de la insolvencia mina claramente los derechos contractuales de la otra parte en el contrato y puede causar perjuicios, especialmente cuando esa parte no tiene apenas derecho a intervenir en la selección del cesionario o no puede intervenir en absoluto. Algunas legislaciones prevén que si la otra parte no consiente en la cesión, el representante de la insolvencia podrá ceder el contrato con la autorización del tribunal si puede demostrarse que la otra parte no tiene motivos razonables para denegar su consentimiento. Algunas legislaciones que permiten el mantenimiento y

la cesión de los contratos exigen que el representante de la insolvencia demuestre a la otra parte que el cesionario puede cumplir adecuadamente con el contrato.

d) Cuestiones de procedimiento

109. Algunas legislaciones permiten al representante de la insolvencia adoptar una decisión sobre el mantenimiento de la vigencia de los contratos, mientras que otras requieren la aprobación del tribunal. A fin de no demorar innecesariamente el procedimiento, es conveniente que esa decisión se adopte en un determinado plazo. Dada la naturaleza del procedimiento, es posible que ese plazo sea más largo para la reorganización que para la liquidación y que se prevea cierta flexibilidad para prorrogar el plazo cuando pueda ser beneficioso para la reorganización. En caso de que la decisión no se adopte en el plazo especificado por la ley o dispuesto por el tribunal (si la otra parte en el contrato pide al tribunal que adopte una decisión al respecto porque el representante de la insolvencia no lo ha hecho), algunas legislaciones prevén disposiciones supletorias, como la rescisión del acuerdo de forma automática o por decisión de la otra parte.

110. Muchas legislaciones no exigen que el representante de la insolvencia notifique la rescisión, salvo en los casos de contratos de empleo y de arrendamiento (de bienes inmuebles). No obstante, algunas legislaciones exigen que el representante de la insolvencia cumpla los requisitos contractuales relativos a la notificación, aunque pueden preverse disposiciones para reducir el plazo requerido para la notificación en casos de contratos de arrendamiento de larga duración.

111. [Compensación]

112. [Contratos financieros y compensación global por saldos netos]

2. Resumen: Tratamiento de los contratos

a) Rescisión

113. En procedimientos de liquidación y reorganización, el representante de la insolvencia puede poner fin a los contratos. La rescisión puede surtir efecto:

a) Cuando el representante de la insolvencia la notifique; o

b) Automáticamente, al no haberse adoptado en un determinado plazo la decisión de mantener vigentes los contratos.

114. La rescisión da lugar a un crédito no garantizado en forma de daños y perjuicios, que la parte afectada puede reclamar.

115. En procedimientos de reorganización debería limitarse el derecho a poner fin a ciertos tipos concretos de contratos, como los de empleo.

b) Mantenimiento en vigor

116. Con la aprobación del tribunal o sin ella, el representante de la insolvencia puede mantener en vigor los contratos, con la excepción de ciertas clases especificadas de contratos. Cuando en virtud de una cláusula del contrato, éste quede rescindido al comenzar el procedimiento de insolvencia, existen varias posibilidades:

a) El representante de la insolvencia o el tribunal pueden considerar la cláusula nula y sin efecto;

b) La legislación sobre la insolvencia puede disponer que la cláusula es nula y sin efecto.

117. Los contratos mantenidos en vigor por el representante de la insolvencia pasan a ser obligaciones del patrimonio desde la apertura del procedimiento.

c) Cesión

118. El representante de la insolvencia puede ceder un contrato mantenido en vigor:

a) Considerando nula toda cláusula de intransferibilidad;

b) Si la otra parte [todas las partes] da [dan] su consentimiento;

c) Cuando la otra parte [ninguna de las partes] no dé [dé] su consentimiento, el tribunal puede aprobar la cesión.

D. Acciones de anulación

1. Observaciones generales: anulación de operaciones previas a la insolvencia

119. Muchas legislaciones consideran que algunas operaciones ejecutadas antes del comienzo de un procedimiento de insolvencia no son equitativas y causan perjuicios económicos a todas las partes que tienen reclamaciones pendientes con el deudor, especialmente si se ejecutan en previsión de una probable insolvencia. Una operación puede entrar en esta categoría retrospectivamente, es decir, puede ser una operación perfectamente lícita en circunstancias ordinarias pero que, ante la perspectiva de una insolvencia, puede considerarse perjudicial. Como ya se ha dicho antes, en esta cuestión deben sopesarse cuidadosamente dos factores sociales opuestos: la utilidad de prever poderes fuertes para obtener el máximo valor del patrimonio en beneficio de todos los acreedores, por una parte, y la posible pérdida de previsibilidad contractual y certeza, por otra. Cuando al sopesar esos factores se llegue a la conclusión que de una determinada operación es perjudicial, ésta puede convertirse en legalmente “anulable”, es decir, puede llegar a ser considerada legalmente nula, de modo que el representante de la insolvencia puede estar capacitado para recuperar, en beneficio de todos los interesados, los bienes que el deudor haya transferido o una suma equivalente a su valor.

120. Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percata de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia y la fecha en que comienza el proceso. Mientras tanto, el deudor puede tener numerosas oportunidades de eludir las consecuencias del procedimiento tratando de ocultar bienes a los acreedores, contrayendo obligaciones artificiales, haciendo donaciones a parientes y amigos o pagando a ciertos acreedores y no a otros. En la perspectiva del procedimiento de insolvencia, todas esas actividades perjudican a los acreedores con créditos no garantizados en general que hayan quedado al margen de tales actividades y que no gocen de la protección de una garantía, y minan el objetivo del tratamiento equitativo de todos los acreedores. La principal finalidad de los poderes de anulación es asegurar que los bienes del deudor insolvente se repartan

equitativamente entre los acreedores con arreglo a las prioridades establecidas para el pago.

121. Las disposiciones de anulación se presentan de diversos modos. Uno de ellos se basa en criterios generalizados y objetivos para determinar si los actos son anulables, por ejemplo, si la operación tuvo lugar en un plazo especificado previo al comienzo del procedimiento o si la transferencia u operación tiene algunas de las características generales previstas por la ley (por ejemplo, el requisito de aportar un valor económico apropiado). Aunque los criterios generales pueden ser de fácil aplicación, si son los únicos aplicables, pueden dar lugar a resultados arbitrarios, convirtiendo en nulas operaciones legítimas y útiles realizadas en el plazo especificado y protegiendo otras de carácter fraudulento o preferente efectuadas fuera de ese plazo. Las disposiciones de anulación también pueden poner de relieve criterios subjetivos en función de cada caso, como el hecho de que haya pruebas de que el deudor intentó ocultar bienes a los acreedores, de que el deudor fuera insolvente al realizar la operación y de que la otra parte tuviera conocimiento de la insolvencia. Si se combinan de forma equilibrada elementos de ambas modalidades se pueden reducir al mínimo los inconvenientes de los criterios estrictamente generalizados.

122. La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén cuatro tipos comunes de operaciones anulables: las transferencias efectuadas con objeto de defraudar a los acreedores, las transferencias hechas por un valor inferior al real, los pagos preferentes a determinados acreedores, y las garantías reales carentes de validez. Algunas operaciones pueden entrar en más de una de esas categorías, según las circunstancias concretas de cada contrato. Por ejemplo, es posible que operaciones que puedan parecer preferentes sean más bien fraudulentas si se realizan cuando el deudor es casi insolvente o si dejan al deudor sin activos suficientes para continuar sus negocios. Con respecto a cada categoría, los ordenamientos jurídicos no regulan del mismo modo la posibilidad de exigir al beneficiario de la transferencia (la persona que recibió los bienes) que proceda a la devolución si había realizado la operación con toda inocencia, había correspondido aportando valor económico al deudor y desconocía los hechos cruciales. Algunos ordenamientos prevén la devolución si se cumplen esas condiciones, mientras que otros exigen que se restituyan los bienes independientemente de cualquier consideración, aunque dando cierta protección al valor económico que el beneficiario de la transferencia haya aportado al deudor.

123. La razones por las que los tres primeros tipos de operaciones se declaran anulables son, entre otras las siguientes:

a) Para prevenir el fraude (por ejemplo, cuando el deudor transfiere bienes para ocultarlos y beneficiarse posteriormente de ellos);

b) Para prevenir el favoritismo, evitando así que el deudor favorezca a ciertos acreedores en detrimento de los demás;

c) Para prevenir una pérdida súbita del valor de una empresa justo antes de que se imponga la supervisión judicial; y

d) Para crear un marco para el arreglo extrajudicial: al saber que pueden excluirse las transferencias o los embargos de bienes realizados en el último

momento, los acreedores estarán más dispuestos a colaborar con los deudores a fin de concertar un arreglo viable sin intervención judicial.

124. La anulabilidad del cuarto tipo de operación, la garantía real inválida, no es más que un ejemplo de aplicación de las reglas relativas a esas garantías en el contexto de la insolvencia. Así, por ejemplo, los regímenes que requieren la inscripción de determinados tipos de garantías en un registro público pueden disponer que sin tal inscripción la garantía será inejecutable o nula. Con ello se atiende a lo dispuesto en las leyes que permiten la concesión de garantías a los acreedores. Por otra parte, una garantía real que sea válida en virtud de esas leyes puede ser anulable en una insolvencia por entrar en una de las tres primeras categorías enumeradas. Por ejemplo, puede considerarse que la concesión de una garantía real poco antes de la insolvencia, aunque normalmente sería válida, ha favorecido injustamente a un determinado acreedor en detrimento de los demás.

a) Operaciones fraudulentas

125. Las transferencias fraudulentas son aquellas que efectúa la dirección de la empresa del deudor con el fin de defraudar a los acreedores o de impedir o demorar el cobro de los créditos mediante la transferencia de bienes a un tercero que esté fuera del alcance de los acreedores. Muchos regímenes de la insolvencia no limitan el período durante el cual deben haberse realizado esas operaciones para poder ser anuladas.

b) Operaciones infravaloradas

126. Las operaciones pueden anularse cuando el valor recibido por el deudor a raíz de la transferencia a un tercero sea nominal o muy inferior al valor real del bien transferido. Algunas legislaciones requieren también que se demuestre que el deudor era insolvente en el momento de la transferencia o que la insolvencia fue resultado de la transferencia.

c) Operaciones preferentes

127. Normalmente, las transferencias preferentes son los pagos con los que se viola el principio pari passu al darse la preferencia a algunos acreedores o a terceros en detrimento de otros acreedores que pueden quedar sin cobrar durante el período previo al comienzo del procedimiento. Esas operaciones pueden ser anulables cuando la transferencia a un acreedor por una deuda se haya efectuado durante un período definido (“el período de sospecha”) antes de la solicitud de procedimiento de insolvencia y cuando, a raíz de esa transferencia el acreedor vaya a recibir una parte de los bienes del deudor superior a la que lícitamente le correspondería conforme al prorrateo. Muchos países requieren asimismo pruebas de que cuando se realizó la operación el deudor era insolvente o estaba a punto de serlo. Otra categoría de operaciones preferentes puede incluir las transferencias efectuadas después de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia pero antes de que éste comience, a menos que la operación esté autorizada por las disposiciones del régimen de la insolvencia.

128. Las donaciones pueden ser actos fraudulentos o actos realizados con toda inocencia, pero en ambos casos pueden resultar injustos para los acreedores y ser, por tanto, anulables. Una compensación concertada poco tiempo antes del comienzo

del procedimiento de insolvencia puede considerarse perjudicial y estar sujeta a anulación.

129. [Transferencias no autorizadas que se realizan después de iniciarse el procedimiento; anulación de pagos previos durante el período de sospecha; operaciones gravemente incompatibles con las prácticas comerciales normales.]

d) Determinación del período de sospecha

130. En algunos regímenes de la insolvencia se define explícitamente el período de sospecha que puede ser de un determinado número de días o meses antes del comienzo de la insolvencia; durante ese período cada uno de esos tipos de operaciones sería anulable. En otras legislaciones, el período de sospecha es definido retrospectivamente por el tribunal después de iniciarse el procedimiento. En esas legislaciones, la decisión del tribunal se basa a menudo en el momento en que el deudor dejó de pagar sus deudas con normalidad ("cesación de pagos"). [*Examínense las ventajas de ambas modalidades*]. Algunas legislaciones fijan un único período de sospecha para todos los tipos de operaciones anulables, mientras que otras prevén distintos períodos según si el perjuicio causado a los acreedores es intencionado o si el beneficiario de la transferencia es un "iniciado" (*insider*) (por ejemplo, una persona con estrechos vínculos empresariales o familiares con el deudor o sus acreedores). Dado que las operaciones fraudulentas entrañan actos deliberadamente ilícitos, se fijan muchas veces períodos de sospecha muy largos, que pueden oscilar entre uno y seis años. Cuando en las operaciones preferentes han intervenido acreedores que no son iniciados, el período de sospecha puede ser relativamente breve, de tan sólo unos meses. Cuando intervienen iniciados del entorno del deudor, muchos países consideran que deben aplicarse reglas más estrictas y prevén períodos de sospecha más largos y transferencias de la carga de la prueba. Por ejemplo, una transferencia infravalorada en beneficio de un iniciado puede ser anulada, aunque el deudor no fuera insolvente en el momento de efectuarla ni hubiera pasado a serlo a raíz de la transferencia.

e) Responsabilidad de los beneficiarios de transferencias

131. Con respecto a cada uno de estos tipos de operaciones se plantea la cuestión de si el beneficiario puede quedar exento de responsabilidad o de si es conveniente anular la transferencia. Esta decisión puede depender de distintas consideraciones para cada tipo de operación y deberán sopesarse los requisitos de equidad con respecto a las partes inocentes, por un lado, y las dificultades de demostración del motivo y del conocimiento de la situación y el daño ocasionado a los acreedores independientemente de las intenciones del beneficiario, por otro. En el caso de las operaciones fraudulentas, por ejemplo, el pago de una suma adecuada por parte de beneficiario y su conocimiento de la verdadera intención del deudor de defraudar a los acreedores serán factores pertinentes. En el caso de las transferencias infravaloradas, se tendrá en cuenta la cuestión de si el beneficiario es o no un iniciado que está al corriente de la insolvencia del deudor o de la inminencia de ésta o de que el deudor será insolvente a raíz de la transferencia.

132. Las acciones de anulación de operaciones preferentes pueden enfocarse de dos modos. El primero consiste en disponer que si el acreedor beneficiario actúa de buena fe e ignora que el deudor es insolvente en el momento de la transferencia o que pasará a serlo a raíz de esa operación, el acreedor no incurrirá en

responsabilidad y no se anulará la transferencia. La segunda posibilidad consiste en prever el mismo resultado cuando el deudor hace la transferencia prácticamente al mismo tiempo que nace el crédito del acreedor, cuando el acreedor aporta subsiguientemente su contraprestación en valor, o cuando la transferencia se produce en el curso ordinario de los negocios

f) Operaciones nulas y anulables

133. Cuando una operación entre en una de estas categorías, los regímenes de la insolvencia la declararán anulable o automáticamente nula. Cuando en virtud de la ley la operación es anulable, se exige al representante de la insolvencia que decida si la anulación de la operación será beneficiosa para el patrimonio, teniendo en cuenta las demoras en la recuperación de los bienes que han sido objeto de la operación, o de su valor, o los posibles costos de las acciones judiciales. En general, esta facultad discrecional del representante de la insolvencia está sujeta a su obligación de maximizar el valor del patrimonio, de no cumplir esa obligación, el representante de la insolvencia puede incurrir en responsabilidad. Cuando el representante de la insolvencia no adopta medidas para anular ciertas operaciones, algunos regímenes prevén que un acreedor o la junta de acreedores pueda adoptar medidas para requerir al representante de la insolvencia que inicie una acción de anulación si se considera que tal recurso puede beneficiar al patrimonio. Otras legislaciones permiten también al propio acreedor o a la junta de acreedores entablar una acción para anular esas operaciones. Cuando se permite tal acción, algunas legislaciones disponen que los bienes o el valor de éstos que recupere el acreedor sean considerados parte del patrimonio; en otros casos, todo lo que se recupere puede emplearse para satisfacer el crédito del acreedor que entable la acción.

g) Cuestiones probatorias

134. Los regímenes de la insolvencia prevén distintos requisitos para establecer los elementos de una acción de anulación. Algunas legislaciones exigen al deudor que demuestre que la operación no entra en ninguna categoría de operaciones anulables. En virtud de otras legislaciones, el acreedor u otra persona que impugne la operación, como el representante de la insolvencia, tiene la obligación de demostrar la existencia de cada elemento de una acción de anulación. Algunas legislaciones permiten que se transfiera a otra persona la carga de la prueba, por ejemplo, cuando sea difícil para el representante de la insolvencia probar que el deudor se propone realmente defraudar a los acreedores y para demostrarlo sólo disponga de indicios externos, manifestaciones objetivas u otras pruebas indirectas de tal propósito. En esas legislaciones, la carga de la prueba, es decir, la obligación de demostrar que el deudor actuó sin intención de fraude, se hace recaer en el beneficiario de la transferencia.

2. Resumen: Anulación

[...]

IV. Administración de los procedimientos

A. Derechos y obligaciones del deudor

1. Observaciones generales

a) Control de la gestión del deudor

i) Liquidación

135. Una vez iniciado el procedimiento de liquidación, la conservación del patrimonio requiere la adopción de amplias medidas para proteger el patrimonio no sólo de las acciones de los acreedores sino también de los directores o propietarios de la empresa del deudor. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia despojan a la dirección de la empresa del deudor o a sus propietarios de todos los derechos de gestión y explotación del negocio y designan a un representante de la insolvencia al que confieren todas estas responsabilidades. Concretamente, este representante puede tener derecho a entablar y defender acciones judiciales en nombre del patrimonio y a cobrar todos los pagos dirigidos al deudor. Normalmente, una vez iniciado el procedimiento del liquidación, serán nulas todas las medidas adoptadas por el deudor que perjudiquen al patrimonio.

136. Cuando se determine que el modo más eficaz de liquidar el patrimonio es venderlo como negocio viable, algunas legislaciones facultan al representante de la insolvencia para permitir que los directores de la empresa del deudor o sus propietarios mantengan cierto control a fin de facilitar la venta de los bienes y de la empresa bajo la supervisión y el control del representante de la insolvencia. Estas legislaciones pueden responsabilizar al representante de la insolvencia de los actos ilícitos que cometa el deudor durante el período en que éste haya estado bajo el control del representante de la insolvencia.

ii) Reorganización

137. En el caso de los procedimientos de reorganización existen divergencias sobre si es realmente apropiado privar al deudor del control de la empresa y sobre la conveniencia de asignar algún tipo de función estable a la dirección de la empresa del deudor. En muchas circunstancias, la dirección, pese a ser responsable de las dificultades financieras de la empresa, dispondrá de conocimientos inmediatos y de primera mano sobre los negocios del deudor. Estos conocimientos pueden ser un criterio para dar a la dirección de la empresa atribuciones estables para adoptar decisiones de gestión a corto plazo. Por razones similares, la dirección de la empresa del deudor está a veces en buena posición para proponer un plan de reorganización que se someta a la aprobación de los acreedores y del tribunal. En tales circunstancias, el hecho de relevar totalmente de sus funciones a la dirección de la empresa del deudor, aunque haya contribuido a crear las dificultades financieras del deudor, puede tener como consecuencia que éste ya no tenga incentivos para iniciar pronto un procedimiento de reorganización y que la reorganización no tenga probabilidades de prosperar.

138. Existen varias formas de tener en cuenta todas estas consideraciones. Una de ellas consiste en fijar un reparto de funciones entre el deudor y el representante de la insolvencia con arreglo al cual este último supervise las actividades del deudor y apruebe las operaciones importantes, mientras que el deudor siga ocupándose de la

gestión cotidiana de la empresa. Esta modalidad puede tener que secundarse con reglas relativamente precisas para que no haya dudas sobre la división de responsabilidades entre el representante de la insolvencia y el deudor y se sepa con certeza el modo en que se procederá a la reorganización. No obstante, si hay pruebas de muy mala gestión o de malversación de fondos o si el objetivo de la reorganización ya no es realista, puede convenir que los directores de la empresa del deudor o sus propietarios sean relevados por mandamiento judicial, a iniciativa propia o a petición del representante de la insolvencia o tal vez de los acreedores o de la junta de acreedores. Cuando se confieran poderes a los acreedores o a la junta de acreedores, puede convenir instituir garantías para prevenir posibles abusos por parte de los acreedores que traten de hacer fracasar el procedimiento de reorganización o de conseguir una influencia indebida. Para ello, puede requerirse, por ejemplo, el voto de una mayoría adecuada de acreedores antes de tratar de adoptar esas medidas.

139. Otra modalidad, a la que se recurre en muy pocos regímenes de la insolvencia, consiste en permitir que el deudor mantenga el control total de la explotación de la empresa sin que, por lo tanto, el tribunal designe un representante independiente al iniciarse el procedimiento (método denominado del “deudor en posesión”). Si bien esta modalidad puede tener ventajas contribuyendo al éxito de la reorganización, puede tener también inconvenientes. Por ejemplo, se puede recurrir al proceso cuando sea evidente que no tiene perspectivas de prosperar y se abuse de él para retrasar lo inevitable, mientras continúan dispersándose los bienes; también puede ocurrir que la dirección actúe irresponsablemente o incluso cometa actos fraudulentos durante el período de control, minando así el proceso de reorganización y la confianza de los acreedores. Estas dificultades pueden mitigarse previendo ciertas salvaguardias, como la designación de un representante de la insolvencia para supervisar al deudor o un mecanismo que permita al tribunal (por iniciativa propia o a petición de los acreedores) transformar la reorganización en una liquidación, y también dando a los acreedores una función importante de supervisión o vigilancia del deudor. Sin embargo, esta modalidad es muy compleja, afecta a distintos aspectos de la concepción de un régimen de la insolvencia y requiere un detenido examen.

140. A fin de ayudar al deudor a cumplir sus obligaciones, algunas legislaciones le permiten contratar, previa autorización, a profesionales como contables, abogados, peritos y otros expertos que resulten necesarios. Algunas legislaciones prevén que esta autorización la dé el representante de la insolvencia, mientras que en otras le corresponde hacerlo al tribunal o a los acreedores.

b) Suministro de información

141. A fin de que el tribunal, los acreedores y las partes afectadas puedan evaluar razonablemente las necesidades inmediatas de liquidez del deudor y la conveniencia de nueva financiación, así como las perspectivas comerciales de la empresa y su viabilidad a largo plazo, y a fin de que puedan determinar si la dirección de la empresa está cualificada para seguir llevando los negocios, deberán disponer de información sobre la empresa que puede ser facilitada por deudor. Para satisfacer esa necesidad en los dos tipos de procedimientos de insolvencia, pero particularmente en el de reorganización, es conveniente que el deudor esté continuamente obligado a informar con cierto detalle sobre su situación comercial y

financiera. Para que la información pueda ser de utilidad para esos fines, debe ser actual y, por consiguiente, debe ser comunicada lo antes posible después de iniciarse el procedimiento. Cuando el deudor no sea una persona física, la información puede ser comunicada al representante de la insolvencia por oficiales y otros terceros pertinentes relacionados con el deudor. Otra posibilidad consiste en requerir que uno o varios de los directores estén obligados a asistir a una reunión principal de acreedores, o a estar representados en ella, a fin de responder a preguntas, salvo cuando esto sea físicamente imposible por no encontrarse los directores en el lugar en que se celebren las reuniones de acreedores. Se da a menudo el caso de que la información es muy delicada desde el punto de vista comercial y, por consiguiente, conviene que la legislación sobre insolvencia prevea la protección de la información confidencial. Para el caso en que no se quiera revelar la información, puede ser necesario prever un mecanismo que obligue a comunicar la información pertinente. Este mecanismo puede consistir en una "investigación pública" del deudor o, en la imposición de sanciones penales, conforme a la práctica de varios países.

142. Para facilitar el suministro de información por parte del deudor, algunas legislaciones prevén formularios normalizados en que se especifica la información requerida. Estos formularios deben ser cumplimentados por el deudor (que en caso de presentar información falsa o que induzca a error será objeto de sanciones) o por una persona independiente o un administrador.

2. Resumen: Derechos y obligaciones del deudor

[...]

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

1. Observaciones generales

143. El representante de la insolvencia desempeña una función central en el cumplimiento eficaz de la ley. Cuando el representante de la insolvencia es un oficial designado por un tribunal, muchas legislaciones disponen que está obligado a velar por una aplicación eficaz e imparcial de la ley. Dado que es la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor, está en condiciones óptimas para adoptar decisiones con conocimiento de causa. Esto no significa que el representante de la insolvencia haga las veces del tribunal; si surgiera una disputa entre el representante de la insolvencia y una parte interesada, le correspondería al tribunal de la jurisdicción competente dirimirla. Incluso en los países en que se restringe el papel del tribunal en los procedimientos de insolvencia, la autoridad que normalmente se confiere al representante de la insolvencia tiene un límite.

a) Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

144. En algunos ordenamientos jurídicos, el tribunal selecciona, nombra y supervisa al representante de la insolvencia. En otros lo selecciona, a instancias del tribunal, una determinada oficina o un instituto que se encarga de reglamentar la situación general de todos los representantes de la insolvencia. Una tercera posibilidad consiste en permitir a los acreedores intervenir en la recomendación y selección del representante de la insolvencia que deba nombrarse, siempre y cuando esa persona esté cualificada para ejercer tal función en un determinado caso. Si bien

estos últimos métodos pueden contribuir a evitar sentimientos de parcialidad, pueden tener el inconveniente de requerir infraestructura y recursos suplementarios.

b) Calificaciones

145. El representante de la insolvencia puede seleccionarse entre personas procedentes de distintos ambientes profesionales, por ejemplo, entre empresarios, entre los empleados de una entidad gubernamental especializada o entre personas cualificadas pertenecientes a una agrupación privada. Se plantea la cuestión conexa de si el representante de la insolvencia debe ser una persona física o de si también puede designarse una persona jurídica para ejercer esa función. Independientemente de la modalidad de nombramiento, dada la complejidad de muchos procedimientos de insolvencia, es conveniente que el representante tenga conocimientos de la ley, sea imparcial y disponga de suficiente experiencia en cuestiones comerciales y financieras. Si se requieren conocimientos especializados, siempre se puede recurrir a la contratación de expertos. En algunos países, los conflictos de intereses derivados de una relación anterior entre la persona seleccionada para el cargo y el deudor, un acreedor o un miembro del tribunal pueden ser motivo suficiente para que esa persona quede descartada como representante de la insolvencia.

c) Obligación de diligencia

146. La norma de diligencia a que debe atenerse el representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para dirigir los procedimientos de insolvencia. El representante de la insolvencia actúa como fiduciario en el cumplimiento de sus obligaciones y tiene un deber general de lealtad al patrimonio y a las diversas partes afectadas por el caso. Como tal, el representante de la insolvencia puede incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de esas obligaciones. Para fijar el grado necesario de dedicación, diligencia y aptitud, es preciso adoptar criterios que tengan en cuenta las difíciles circunstancias que el representante de la insolvencia debe afrontar al cumplir su mandato, por ejemplo con respecto a la negligencia. Algunos regímenes de la insolvencia requieren que el representante pague una caución o se asegure contra el incumplimiento de sus obligaciones. Cuando el patrimonio sufre pérdidas por la negligencia, incompetencia o la falta de honradez de los agentes y empleados del representante de la insolvencia, algunas leyes disponen que éste no será considerado personalmente responsable salvo si no actúa con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Hay otras formas de regular la responsabilidad del representante de la insolvencia?*]

147. Algunos regímenes de la insolvencia requieren autorización judicial para que el representante de la insolvencia pueda disponer de contables, abogados, peritos y otros profesionales que precise para cumplir sus obligaciones. Otras legislaciones no exigen autorización judicial. En lo que respecta a la remuneración de esos profesionales, algunas legislaciones requieren que se presente una solicitud al tribunal y que éste la apruebe; otra posibilidad consiste en requerir la aprobación del conjunto de los acreedores. Los profesionales pueden cobrar sus honorarios periódicamente, durante el procedimiento, o pueden tener que esperar hasta que éste concluya.

d) Sustitución o destitución

148. Para el caso de fallecimiento o renuncia del representante de la insolvencia, conviene prever la designación de un sucesor, a fin de evitar trastornos en el procedimiento y las demoras que puede ocasionar tal situación. Algunos regímenes de la insolvencia permiten destituir al representante de la insolvencia en determinadas circunstancias, como pueden ser el hecho de que haya violado o incumplido las obligaciones jurídicas que le imponga el régimen de la insolvencia, haya demostrado suma incompetencia o haya cometido una grave negligencia. La destitución puede producirse, según las modalidades, por decisión del tribunal, adoptada por iniciativa propia o a petición de una parte interesada, o por decisión de una determinada mayoría de acreedores no garantizados.

2. Resumen: Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

[...]

C. Créditos y demandas de los acreedores

1. Observaciones generales

149. En los procedimientos de insolvencia, los créditos sirven de criterio para determinar qué acreedores podrán votar y cómo podrán hacerlo (según la clase de acreedores a que pertenezcan) y para proceder a la distribución. Las legislaciones permiten presentar demandas para el cobro de distintos tipos de créditos. En algunas se hace la distinción entre créditos garantizados y no garantizados. Un acreedor que tenga un crédito garantizado no suele presentar demandas, a menos que entregue su garantía o que ésta no cubra totalmente el importe del crédito (es decir, cuando el valor del crédito sea superior al de la garantía material) y a menos que el acreedor desee reclamar la parte no garantizada (puede tratarse de una demanda provisional). Algunas legislaciones no admiten ciertas demandas por motivos de orden público, por ejemplo, créditos en divisas, créditos derivados de sentencias obtenidas mediante fraude, multas y sanciones, y deudas derivadas del juego.

a) Presentación de demandas

150. Para presentar demandas pueden utilizarse distintos mecanismos. Las leyes de muchos países imponen a los acreedores la obligación de presentar al representante de la insolvencia pruebas de sus créditos para que las examine. Algunas legislaciones prevén un primer paso consistente en que el tribunal o el deudor prepare una lista de acreedores y de las sumas reclamadas. Una vez elaborada la lista, se puede invitar a los acreedores a presentar sus demandas al representante de la insolvencia. La preparación de esa lista por parte del deudor tiene la ventaja de que los conocimientos que éste tiene de sus acreedores y de sus respectivos créditos permiten al representante de la insolvencia conocer, en esta etapa inicial, el estado de la empresa. En general, la presentación de demandas por los acreedores y su subsiguiente verificación por el representante de la insolvencia suelen asegurar una distribución adecuada.

b) Demandas provisionales

151. Las demandas de los acreedores pueden ser de dos tipos: las demandas en que se exige el pago de una determinada suma y aquéllas en que no se ha determinado o no se puede determinar la cantidad adeudada por el deudor. Estas demandas pueden ser contractuales o extracontractuales y pueden derivarse de créditos tanto garantizados como no garantizados. Cuando no se pueda determinar o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse la demanda al representante de la insolvencia, muchas legislaciones prevén que pueda presentarse una demanda provisional o que pueda fijarse provisionalmente su importe. La admisión de demandas provisionales plantea una serie de cuestiones, como la evaluación del crédito y la parte que debe efectuarla; la participación de los acreedores provisionales en votaciones sobre cuestiones importantes como la decisión de si se va a proceder a una liquidación o a una reorganización o de aprobar el plan de reorganización; y la cuestión de si, como acreedores minoritarios, pueden quedar vinculados por un plan con el que no estén de acuerdo (véase la sección IV.F: Plan de reorganización).

c) Verificación de demandas

152. Si bien la mayoría de las legislaciones obligan al representante de la insolvencia a verificar las demandas de los acreedores, algunas leyes no exigen tal verificación a menos que se impugne una demanda. El proceso de verificación no consiste únicamente en evaluar la legitimidad de una demanda y su importe sino también en determinar a qué categoría de crédito corresponde a efectos de votación y distribución (por ejemplo, se distingue entre créditos garantizados y no garantizados o entre los créditos previos al procedimiento y los nacidos posteriormente).

d) Cuestiones de procedimiento

i) Notificación de los acreedores

153. La mayoría de las legislaciones disponen que todos los acreedores conocidos e identificables tienen derecho a que se les notifiquen las demandas presentadas. La notificación puede efectuarse mediante una comunicación personal o la difusión de avisos en publicaciones comerciales pertinentes. Además, se puede requerir al representante de la insolvencia que prepare una lista de demandas, tanto de las [admitidas] [aprobadas] como de las impugnadas, y que la presente al tribunal o a otro órgano administrativo para facilitar la notificación de los acreedores desconocidos; también puede exigírsele que proporcione información actualizada sobre la [admisión] [aprobación] o desestimación de demandas impugnadas.

ii) Requisitos para la presentación de demandas

154. A fin de asegurar que las demandas se presenten oportunamente y que los procedimientos de insolvencia no se alarguen innecesariamente, puede ser útil fijar plazos para la presentación de demandas ante el representante de la insolvencia. Pueden preverse distintas consecuencias para cuando los acreedores no cumplan esos plazos. Por ejemplo, puede excluírseles del cobro de dividendos o de las distribuciones o puede limitarse su participación en la distribución de los bienes de

modo que sólo puedan beneficiarse de los bienes que queden después de verificarse las demandas.

155. En algunas legislaciones, el representante de la insolvencia está facultado para verificar demandas y las impugnaciones deben resolverse ante el tribunal. En otras legislaciones, el tribunal verifica todas las demandas y dirime las impugnaciones. Algunas legislaciones permiten únicamente al representante de la insolvencia impugnar las demandas, mientras que otras dan también esta posibilidad a otras partes interesadas, incluidos los acreedores. En tal caso, se puede prever un examen final de la lista de demandas de los acreedores, preparada por el representante de la insolvencia o por el tribunal, en una junta de acreedores. En caso de disputas sobre las demandas, ya sea entre un acreedor y el representante de la insolvencia o entre el deudor y dicho representante, incluidas las controversias relativas a la garantía en sí o a los derechos de garantía, es esencial disponer de un mecanismo de solución rápida para que el procedimiento pueda avanzar de forma eficiente y ordenada. Si no se pueden resolver las controversias con rapidez y eficiencia, existe el riesgo de que se utilice la posibilidad de impugnar una demanda para entorpecer el procedimiento y provocar demoras innecesarias.

2. Resumen: Créditos y demandas de los acreedores

[...]

D. Junta de acreedores

1. Observaciones generales

156. Una vez iniciado un procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen notables derechos sobre la empresa. Por lo general, estos derechos se salvaguardan con el nombramiento de un representante de la insolvencia. No obstante, tanto en procedimientos de liquidación como de reorganización pueden conferirse también poderes decisorios a los acreedores en varias cuestiones importantes. En algunas legislaciones, por ejemplo, pueden destituir al representante de la insolvencia, aprobar la venta privada de la empresa en liquidación, proponer y aprobar un plan de reorganización y solicitar o recomendar medidas judiciales como la transformación de una reorganización en liquidación. Los poderes que se dan a los acreedores en el proceso de insolvencia obedecen a diversas razones. Al ser las partes con mayores intereses económicos que dependen del resultado del procedimiento, los acreedores pueden perder confianza en un proceso en que las decisiones cruciales sean adoptadas por personas que, en su opinión, carezcan de suficientes conocimientos especializados o de suficiente experiencia o independencia. Además, los acreedores son a menudo los que están en mejor situación para vigilar la actuación del representante de la insolvencia, con lo cual se pueden evitar el fraude, los abusos y los gastos administrativos excesivos.

157. Cuando hay un gran número de acreedores, puede establecerse una junta de acreedores para facilitar la participación de éstos en la administración del caso, tanto si se trata de una liquidación como de una reorganización. Se pueden encomendar a la junta de acreedores diversas tareas como vigilar la evolución del caso, consultar a otras partes en el procedimiento, especialmente al representante de la insolvencia y a la dirección de la empresa del deudor, y hacer llegar al

representante de la insolvencia los deseos del conjunto de los acreedores. La junta debe representar los intereses de la totalidad de los acreedores. Como órgano representativo, no tiene ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria frente a los propietarios de la empresa insolvente.

a) Participación de los acreedores en el proceso decisorio

158. El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento puede variar. En algunos regímenes, el representante de la insolvencia adopta todas las decisiones cruciales sobre cuestiones generales de administración y liquidación que no están en disputa, mientras que los acreedores desempeñan un papel marginal y gozan de escasa influencia. Esta modalidad puede resultar muy eficiente con un representante de la insolvencia experimentado, ya que permite evitar las demoras que ocasiona la organización de la participación de los acreedores. Esta modalidad puede ser aconsejable cuando el régimen prevea ya un alto nivel de reglamentación del proceso y de sus participantes. Algunas modalidades que limitan la participación de los acreedores distinguen entre liquidación y reorganización, y sólo permiten a los acreedores intervenir en la decisión de si se procederá a una liquidación o a una reorganización y votar sobre un plan de reorganización.

159. Otras legislaciones prevén una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Por ejemplo, en un procedimiento de liquidación los acreedores pueden estar facultados para seleccionar y sustituir al representante de la insolvencia, aprobar la continuación temporal de la actividad de la empresa a cargo del representante de la insolvencia y aprobar las ventas privadas de bienes. En procedimientos de reorganización, los acreedores pueden desempeñar una función vital, ejerciendo el control principal de las actividades de la empresa (especialmente cuando el régimen permita al deudor seguir en posesión de la empresa después de iniciarse el procedimiento) y del representante de la insolvencia, y proponiendo y aprobando planes de reorganización. También pueden intervenir solicitando o recomendando medidas judiciales, concretamente recomendando al tribunal que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación.

b) Acreedores representados en la junta

160. La composición de las juntas de acreedores puede regularse de diversos modos. En algunos regímenes de la insolvencia, aunque la junta de acreedores representa por lo general sólo a los acreedores con créditos no garantizados, se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear otra junta para los acreedores con créditos garantizados. Este criterio se basa en el hecho de que los intereses de los distintos tipos de acreedores no siempre coinciden y es posible que, con su participación en la junta y su influencia en las decisiones de ésta, los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores. Otros regímenes prevén la representación de ambos tipos de acreedores en la misma junta. En esos regímenes, se considera que una exclusión de los acreedores garantizados equivale a impedir de hecho su participación en decisiones importantes. La participación de los accionistas de la empresa puede ser una cuestión controvertida, especialmente cuando la junta de acreedores tenga poder de decisión sobre los derechos de los acreedores garantizados o cuando los accionistas tengan vínculos con la dirección de la empresa del deudor.

c) Formación de la junta de acreedores

161. Cuando la ley prevé la formación de juntas de acreedores, regula a menudo también los detalles sobre la forma en que debe constituirse la junta, el alcance y la magnitud de sus obligaciones, sus reglamentaciones y su funcionamiento, concretamente los criterios para poder votar y los poderes, el quórum y la dirección de los debates, así como el relevo y la sustitución de sus miembros. Otra cuestión que se plantea es la de si la información que deben aportar no sólo los miembros de la junta sino también todos los acreedores es apropiada, y la forma de obtenerla.

162. Para facilitar la administración y supervisión de la junta, algunas legislaciones sobre la insolvencia regulan el número de miembros que debe tener, preferiblemente impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones. Puede limitarse la composición de la junta dando cabida en ella sólo a los mayores acreedores no garantizados, que sean representativos del conjunto de los acreedores. Estos acreedores pueden seleccionarse de diversos modos, por ejemplo, solicitando a los directores de la empresa del deudor que enumeren en una lista los mayores acreedores del deudor. A fin de garantizar la igualdad de tratamiento de los acreedores, pueden tener derecho a formar parte de la junta las categorías de acreedores cuyos créditos aún no hayan sido aprobados y los acreedores extranjeros.

163. Los representantes ante la junta pueden designarse o seleccionarse de diversos modos. Uno de ellos consiste en que los designe el representante de la insolvencia. También cabe disponer que, con el consentimiento del representante de la insolvencia o de conformidad con lo dispuesto por la ley, los acreedores puedan seleccionar a los miembros de la junta en una asamblea inicial de acreedores. Otra posibilidad consiste en que el tribunal o algún otro órgano autorizado designe a los miembros de la junta de acreedores. Puede ser necesario supervisar la labor de la junta para cerciorarse de que cumple su función de representar equitativamente a los acreedores no garantizados; esta tarea de supervisión puede encomendarse al representante de la insolvencia.

d) Obligaciones de la junta de acreedores

164. La junta puede cumplir una serie de funciones, como la de reunirse periódicamente con el representante de la insolvencia para ser informada de la evolución del caso, concretamente de las propuestas de venta de importantes bienes, para gestionar una parte o la totalidad de los negocios del deudor, y para entablar o abandonar acciones judiciales o convenir soluciones; además, le corresponde examinar los créditos y negociar las propuestas de reorganización en nombre de los acreedores no garantizados. Para desempeñar sus funciones, la junta puede requerir asistencia administrativa y pericial. La legislación puede prever que la junta pueda pedir autorización al representante de la insolvencia para contratar, con cargo al patrimonio de la insolvencia, un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales.

e) Votación de los acreedores

165. Cuando las medidas que vayan a adoptarse durante el procedimiento puedan tener una gran trascendencia para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos tengan derecho a recibir notificación de tales medidas y a votar sobre ellas. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la

naturaleza de la cuestión sobre la que deba votarse. Algunas legislaciones prevén que se vote en una asamblea de acreedores, mientras que otra disponen que, cuando haya un gran número de acreedores o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por un poder.

166. En las legislaciones se regulan de diversos modos los tipos de votaciones requeridas para vincular a los acreedores. En algunos países basta con lograr una supermayoría (de tres cuartas partes o de dos tercios) del valor de los créditos de los acreedores votantes para que la votación sea vinculante para todos los acreedores. En otros países, la ley dispone que es suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes, los acreedores garantizados sólo pueden votar sobre cuestiones concretas como la selección del representante de la insolvencia y cuestiones que afecten a sus garantías.

2. Resumen: Junta de acreedores

[...]

E. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Observaciones generales

167. Para la reorganización es fundamental que la empresa siga funcionando. Para que pueda seguir funcionando, es importante que el representante de la insolvencia [o el deudor] pueda obtener crédito para pagar el suministro de bienes y servicios cruciales y para mantener en marcha las actividades comerciales. La legislación sobre la insolvencia puede reconocer la necesidad de obtener crédito después de iniciarse el procedimiento, prever su autorización y determinar la prelación del derecho de quien conceda ese crédito a su reembolso. La cuestión central es el alcance de ese poder, en particular, los incentivos que el representante de la insolvencia puede ofrecer a un posible acreedor a fin de obtener crédito. Si la solución adoptada afecta a los derechos de los acreedores garantizados o a aquellos que tengan un derecho anterior sobre ciertos bienes, es conveniente que al regularse la financiación posterior al comienzo del procedimiento se tenga en cuenta tanto la necesidad general de mantener los contratos comerciales rentables como la de proteger los derechos de los acreedores y su grado de prelación.

168. En muchos países, el representante de la insolvencia puede obtener crédito no garantizado sin aprobación del tribunal ni de los acreedores, mientras que otras legislaciones requieren que el tribunal o los acreedores den su visto bueno en determinadas circunstancias. También puede obtenerse crédito dando una garantía real sobre bienes no gravados o una garantía real de prelación inferior sobre bienes ya gravados. Cuando estos incentivos no sean suficientes o no existan, puede haber otras posibilidades para obtener el crédito necesario. Los prestamistas de antes del procedimiento de insolvencia tendrán un interés vital en que, al negociar las garantías otorgadas para obtener fondos después del comienzo del procedimiento, se respete la prelación de sus propias garantías sobre toda otra garantía posterior. En algunos regímenes de la insolvencia, las partes que conceden crédito a la empresa después de comenzar el procedimiento tienen prelación absoluta frente a todos los acreedores a la hora de ser reembolsados. Esta prelación supone, de hecho, una

sobrecarga para todo el patrimonio. Otro tipo de prelación es la prelación de los créditos derivados de la administración de la insolvencia (véase la sección V, Prioridades en la distribución), que da derecho a cobrar antes que los acreedores no garantizados en general, pero no antes que un acreedor garantizado con respecto a su garantía. Un criterio intermedio consiste en permitir que los prestamistas y los proveedores que entreguen mercancías por adelantado adquieran un derecho real sobre los bienes gravados y no gravados del deudor. Algunos países también autorizan al representante de la insolvencia a conceder una prelación administrativa privilegiada, es decir, una prelación sobre otros acreedores de la administración de la insolvencia. Un criterio extremo es el que permite conceder una garantía real con prelación privilegiada sobre todas las garantías existentes. Algunos ordenamientos jurídicos prevén todas estas opciones. En algunos países, el representante de la insolvencia puede aprobar esas prelaciones, mientras que en otros se exige la aprobación del tribunal o de los acreedores para algunos tipos de prelación.

2. Resumen: Financiación posterior a la apertura del procedimiento

[...]

F. Planes de reorganización

1. Observaciones generales

169. Los regímenes de la insolvencia pueden regular diversos detalles de la formulación del plan de reorganización, como el momento en que debe prepararse el plan, quién está capacitado para prepararlo, qué debe figurar en él, cómo debe aprobarse y qué efectos tiene.

a) Preparación de un plan

170. Algunas legislaciones adoptan el criterio de que el plan de reorganización forma parte de la solicitud del procedimiento de reorganización (en cuyo caso la solicitud puede denominarse “propuesta” de reorganización), mientras que otras prevén que el plan sea preparado tras el comienzo del procedimiento de reorganización.

171. La ley puede encomendar la preparación del plan de reorganización a diversos participantes en el procedimiento. En virtud de algunos regímenes de la insolvencia, corresponde al deudor preparar el plan de reorganización. Esta modalidad puede tener la ventaja de alentar a los deudores a recurrir al procedimiento de reorganización y de aprovechar al máximo el conocimiento de la empresa por parte del deudor, que puede saber qué medidas son necesarias para que su empresa pueda volver a ser viable. Esta oportunidad puede ser exclusiva o valer para un determinado plazo, con la posibilidad de que el tribunal pueda prorrogar ese plazo si ello resulta beneficioso para el procedimiento de reorganización.

172. Dado que el plan sólo prosperará si es aprobado con la mayoría requerida de acreedores, existe siempre el riesgo de que la reorganización fracase si el plan presentado por el deudor no es aceptable. Por ejemplo, es posible que los acreedores sólo estén dispuestos a aprobar un plan que prive a los accionistas del deudor de la participación dominante en el capital social de la empresa y quizás que impida también a sus directivos seguir ocupándose de la gestión. Si el deudor es el único

que puede preparar el plan y se niega a aceptar condiciones de esta índole, se corre el riesgo de que fracase la reorganización y que con ello se perjudique a los acreedores, a los empleados y a la empresa. Para evitarlo, algunas legislaciones disponen que si el deudor no presenta un plan aceptable, los acreedores podrán proponer otro cuando concluya el período de exclusividad del deudor. En ello podría intervenir una junta de acreedores (véase la sección IV.D, Junta de acreedores). Esta opción puede dar a una de las partes (los acreedores) el peso necesario para conseguir que la otra parte (el deudor) acepte una solución de transacción.

173. Otra modalidad consiste en dar al representante de la insolvencia la oportunidad de preparar el plan, en vez de encomendárselo al deudor o a los acreedores o para complementar el plan que preparen éstos. La importancia de la participación del representante de la insolvencia o de los acreedores está en función de los fines de la ley. En circunstancias en que la aprobación por la mayoría requerida de acreedores sea un requisito necesario para la eficacia del plan, tendrán mayores probabilidades de ser aprobados los planes que tengan en cuenta propuestas aceptables para los acreedores que los que no cumplan esa condición. Esta consideración no será pertinente si la ley dispone que la aprobación de los acreedores no es necesaria o que el tribunal puede dictar una medida que la deje sin efecto. Cuando la ley dé a diversas partes la oportunidad de participar en la preparación del plan, la elaboración simultánea de varios planes puede complicar el proceso, si bien puede contribuir también a que se formule un plan aceptable para las partes interesadas.

174. Algunas legislaciones disponen que el tribunal debe tomar en consideración las opiniones de terceros sobre el plan, por ejemplo, de organismos gubernamentales y sindicatos. Dado que este trámite puede alargar el proceso, tal vez sólo resulte conveniente si está sujeto a una cuidadosa supervisión y si debe realizarse en un plazo concreto.

b) Contenido del plan

175. Las leyes de la mayoría de los países exigen que en el plan de reorganización se informe suficientemente y con claridad a todas las partes sobre la situación financiera de la empresa y sobre la renegociación de los derechos que proponga el autor del plan. La cuestión de lo que debe figurar en el plan guarda una estrecha relación con todo lo referente a la aprobación y a los efectos del plan. Si un plan puede aprobarse e imponerse a los acreedores que no hayan dado su beneplácito, puede ser necesario prever una protección adecuada para los acreedores disconformes.

176. El contenido del plan plantea también problemas de conflictos con otras leyes. Por ejemplo, si el derecho de sociedades de un país no permite la transformación de deuda en capital social, no podrá aprobarse ningún plan que prevea tal medida. Dado que la conversión de la deuda en capital social puede ser una característica importante del proceso de reorganización, sería necesario eliminar la prohibición para poder incluir esa medida en el plan y aprobarla. Del mismo modo, si el plan se limita a condonar la deuda o a prorrogar las fechas de vencimiento, es posible que no reciba de los acreedores el apoyo suficiente para prosperar. En algunos casos de insolvencia se plantean cuestiones igualmente claras y poco polémicas sobre la relación entre el régimen de la insolvencia y otras leyes. En cambio, en otros casos pueden surgir problemas más complicados, como la limitación de las inversiones

extranjeras, especialmente en los casos en que muchos de los acreedores no sean residentes, o los derechos de los empleados en la legislación laboral cuando, por ejemplo, la reorganización pueda requerir la modificación de los convenios colectivos.

c) Aprobación y efectos del plan

177. Al redactarse las disposiciones legales que regulen la aprobación del plan y sus efectos deben ponderarse factores diversos. Por una parte, puede ser conveniente prever la forma de imponer a una minoría de acreedores disconformes un plan acordado por mayoría, a fin de que la reorganización tenga más probabilidades de prosperar. Por otra parte, si el procedimiento de aprobación causa un perjuicio notable a los derechos de los acreedores sin el consentimiento de éstos, existe el riesgo de que más adelante no estén dispuestos a conceder crédito.

i) Créditos garantizados y con prelación

178. La aprobación del plan por los acreedores con créditos garantizados y por los que tienen prelación se pueden regular de distintos modos. En muchos casos, los créditos garantizados representarán una parte importante del valor adeudado. Según una de las modalidades, cuando la ley garantiza que el plan aprobado no impedirá a los acreedores garantizados ejercer sus derechos, no es necesario en general dar a esos acreedores el derecho de voto, ya que el plan no perjudicará sus intereses. Con este tipo de disposiciones, los acreedores con prelación se encuentran en una situación similar en que el plan no puede menoscabar el valor de sus créditos ni su derecho a cobrarlos íntegramente. Esta modalidad tiene el inconveniente de que puede reducir las probabilidades de éxito de la reorganización, particularmente cuando los bienes dados como garantía de los créditos sean de importancia vital para el éxito del plan; si el acreedor garantizado decide ejercer sus derechos, puede hacer imposible la aplicación del plan. Del mismo modo, el plan puede prever que, para su viabilidad, los acreedores con prelación perciban un valor inferior al de sus créditos.

179. A fin de resolver algunas de estas dificultades, puede permitirse que los acreedores garantizados y los que tengan prelación voten por separado, como categorías distintas de acreedores, sobre todo plan que pueda menoscabar el valor de sus créditos. Al crearse esas categorías de acreedores, se reconoce que sus respectivos derechos e intereses difieren de los de los acreedores sin garantía. Si tanto los acreedores garantizados como los que gozan de prelación votan mayoritariamente a favor, quedarán vinculados por el plan. En tales circunstancias, las legislaciones suelen requerir que los acreedores disconformes tengan derecho a percibir por lo menos lo que habrían percibido en una liquidación.

ii) Acreedores no garantizados en general

180. Aun cuando no se permita votar a los acreedores garantizados o a los que tengan prelación, es conveniente que los acreedores no garantizados en general dispongan de un medio eficaz para votar sobre el plan. Para ello puede recurrirse a distintos mecanismos.

181. **Mayorías**. Algunas legislaciones exigen un nivel mínimo de apoyo de los acreedores no garantizados en general para que éstos queden vinculados por el plan

y fijan los procedimientos de votación para determinar el grado de apoyo requerido. Una cuestión importante es el criterio conforme al cual se calculan los votos para fijar ese umbral, que puede ser un determinado porcentaje que representen los acreedores partidarios del plan respecto del valor total de la deuda combinado a veces con el número de acreedores que apoyan el plan. Por ejemplo, algunas legislaciones exigen que el plan esté respaldado por los dos tercios del valor de la deuda y por la mitad del número de acreedores. Algunos regímenes prevén otras combinaciones. Si bien este procedimiento dificulta la aprobación, puede justificarse por el hecho de que protege el carácter colectivo de los procedimientos. Por ejemplo, si la mayor parte del valor de los créditos corresponde a un único acreedor, el doble requisito impedirá que el acreedor mayoritario imponga el plan a todos los demás acreedores.

182. Con respecto a los procedimientos de votación, muchos países calculan el porcentaje de apoyo requerido sobre la base del número de personas que efectivamente votan, considerando que los ausentes no tienen mucho interés por el procedimiento. Esta modalidad requiere disposiciones adecuadas de notificación que deben aplicarse eficazmente, especialmente cuando los acreedores sean no residentes.

183. **Categorías**. Algunos países que han establecido categorías de acreedores garantizados y acreedores con prelación dividen también a los acreedores no garantizados en distintas categorías. La finalidad de estas divisiones es mejorar las perspectivas de éxito de la reorganización al menos de tres modos: estableciendo un medio útil para determinar los diversos intereses económicos de los acreedores no garantizados; creando un marco para estructurar las condiciones del plan; y previendo un medio por el cual el tribunal pueda fundarse en el cumplimiento de la mayoría requerida de una categoría de acreedores para declarar vinculante el plan a otras categorías de acreedores que no lo hayan apoyado.

184. **Poder de imposición**. Algunos de los países que prevén votaciones de los acreedores garantizados y de los que tienen prelación y la división de los acreedores no garantizados en varias categorías han establecido también un mecanismo mediante el cual un plan aprobado por una categoría de acreedores puede vincular sin su consentimiento a otras categorías de acreedores (incluidos los garantizados y los que gozan de prelación). Es una disposición denominada a veces de “imposición” (*cram-down*). La creación de categorías y la aplicación de esas reglas complican el régimen de la insolvencia y su aplicación por el representante de la insolvencia y el tribunal y pueden requerir, por ejemplo, un considerable poder discrecional en cuestiones económicas, como la posibilidad de que el tribunal divida a los acreedores no garantizados en categorías basadas en sus respectivos intereses económicos. Si este poder discrecional no se ejerce de manera fundada, independiente y previsible, puede minarse la confianza de los acreedores.

185. **Accionistas**. Algunas legislaciones prevén que los accionistas de la empresa del deudor aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la empresa, a la estructura de su capital o a la composición del cuerpo de accionistas. Además, cuando la dirección de la empresa del deudor propone un plan, es posible que sus disposiciones ya hayan sido aprobadas por los accionistas (hay empresas cuya carta fundacional lo exige). Así ocurre a menudo cuando el plan afecta directamente a los accionistas al prever la transformación de la deuda en capital social, ya sea transfiriendo las acciones existentes o emitiendo nuevas acciones.

186. En circunstancias en que la ley permita a los acreedores o a un representante de la insolvencia proponer un plan, y cuando este plan prevea la transformación de la deuda en capital social, algunos países permiten la aprobación del plan pese a la oposición de los accionistas, independientemente de lo que prevean la carta fundacional de la empresa. Por lo tanto, estos planes pueden dejar sin voz ni voto a los accionistas.

187. **Aprobación del tribunal**. Normalmente, el tribunal debería aprobar un plan votado por la mayoría requerida de acreedores. Muchos países permiten a los tribunales desempeñar un papel activo declarando vinculante el plan para los acreedores e imponiendo su ejecución a una categoría de acreedores que se haya opuesto a él. Inversamente, cuando el plan haya sido aprobado por la mayoría requerida de acreedores, el tribunal podrá normalmente rechazarlo si estima que no se han protegido debidamente los intereses de los acreedores disconformes (porque, por ejemplo, recibirían menos de lo que habrían percibido en una liquidación) o si hay pruebas de fraude en el proceso de aprobación.

188. Algunas legislaciones autorizan también al tribunal a rechazar un plan cuando considere que no es viable. Esta decisión puede justificarse, por ejemplo, cuando los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan pero éste no garantice la plena satisfacción de los créditos garantizados de dichos acreedores. En este caso, el tribunal puede rechazar el plan si considera que los acreedores garantizados ejercerán sus derechos contra el bien dado en garantía, con lo cual imposibilitarán la aplicación del plan. Este riesgo puede preverse en las disposiciones que regulen la preparación y aprobación del plan.

189. Varios países asignan también al tribunal una función de supervisión continua del deudor desde la aprobación y confirmación del plan hasta que concluya su ejecución. Esta función puede ser importante cuando se planteen cuestiones de interpretación del cumplimiento de las obligaciones de deudor u otras cuestiones.

[*Nota para el Grupo de Trabajo:*

El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de que en la parte del texto referente a la reorganización se traten las siguientes cuestiones:

a) El papel del plan de reorganización: ¿es el plan la etapa final del procedimiento de reorganización en que se dispone el pago de un dividendo íntegro y la liquidación definitiva de todas las deudas (que a veces se denomina transacción o plan de avenencia) o es un instrumento concebido al principio del procedimiento que determina la forma en que debe tratarse al deudor y a la empresa durante el período de reorganización?

b) ¿Pueden prepararse planes de reorganización no sólo en procedimientos de reorganización sino también en los de liquidación?

c) Requisitos mínimos del plan de reorganización, previendo la distribución de fondos y el mantenimiento en vigor o la rescisión de contratos no cumplidos en su totalidad o de arrendamientos no vencidos, la liquidación de los créditos, la venta del bien dado en garantía, el pago de un dividendo mínimo a los acreedores, el procedimiento de divulgación y aceptación, el derecho a que los acreedores con créditos impugnados participen en el proceso de votación y disposiciones para regular los créditos impugnados; los derechos de voto y poderes de los iniciados

("insiders"*), es decir, de las personas que disponen de información de primera mano sobre la empresa; la restricción del contenido del plan;*

d) La modificación del plan de reorganización;

e) La transformación del procedimiento en liquidación cuando no se apruebe un plan o fracase su aplicación;

f) Las impugnaciones del plan de reorganización;

g) La supervisión de la ejecución del plan de reorganización;

h) La liquidación de las deudas y el cobro de los créditos;

i) La decisión de poner fin al procedimiento.]

2. Resumen: Planes de reorganización

[...]

V. Liquidación y distribución

Prioridades en la distribución

1. Observaciones generales

190. A efectos de determinar la prelación en la distribución del producto del patrimonio en caso de liquidación, muchas legislaciones adoptan el principio general de una clasificación de los acreedores en categorías que reflejen las relaciones jurídicas y comerciales establecidas con el deudor. Este método tiene la finalidad de preservar las expectativas comerciales legítimas y de promover la previsibilidad en las relaciones comerciales. Si bien los criterios de distribución reflejan opciones que reconocen importantes intereses públicos, estos intereses públicos más amplios compiten a veces con intereses privados y pueden causar una distorsión de los incentivos comerciales normales.

a) Acreedores con créditos garantizados

191. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento. Si esos intereses se protegen preservando el valor de la garantía, el acreedor garantizado dispondrá de un derecho de máxima prelación sobre el producto de su garantía por un valor equivalente al del crédito garantizado. En cambio, si los intereses del acreedor garantizado se protegen fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de comenzar el procedimiento, el acreedor tendrá un derecho de máxima prelación sobre el producto general con respecto a ese valor. Es conveniente limitar las excepciones a la regla de máxima prelación. Una de las excepciones puede ser para los gastos administrativos derivados del mantenimiento de la garantía.

b) Créditos derivados de la administración de la insolvencia

192. En los procedimientos de insolvencia se requiere a menudo la asistencia de profesionales y debe contratarse, por ejemplo, el representante oficial de la insolvencia y asesores del deudor o del representante de la insolvencia. Las actividades de las juntas de acreedores también pueden entrañar gastos. Estos gastos del procedimiento de insolvencia tienen a menudo, al igual que los créditos derivados de todo el proceso administrativo, prioridad máxima sobre otros créditos y suelen recibir un trato diferenciado a fin de asegurar que se pague adecuadamente a las partes que intervienen en el proceso de insolvencia. Los gastos de los procedimientos de insolvencia pueden incluir muchas de las deudas posteriores al comienzo del procedimiento, o todas ellas, y no sólo los honorarios que el deudor, el representante de la insolvencia y la junta de acreedores deban pagar a profesionales sino también las reclamaciones de empleados, los gastos de arrendamiento y créditos similares posteriores al comienzo del procedimiento.

c) Acreedores privilegiados

193. Una vez cobrados los créditos garantizados y satisfechos los gastos administrativos, las modalidades de distribución de los recursos restantes varían considerablemente entre los países. Las legislaciones sobre la insolvencia determinan a menudo los derechos prioritarios, que son derechos de ciertas deudas (principalmente no garantizadas) cuyo pago debe tener prelación, en virtud del derecho interno, sobre el de otras deudas no garantizadas y no preferentes (o menos preferentes). En algunos países hay derechos, como los de los empleados, que tienen prelación sobre los de los acreedores garantizados. Al perjudicar a las deudas ordinarias no garantizadas, los derechos de prelación van en contra del principio de la distribución pari passu. Los tipos de créditos privilegiados que prevén los países varían, pero predominan especialmente dos categorías: los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de seguridad social y de pensiones) y los créditos fiscales del Estado. Si bien en algunas legislaciones recientes sobre la insolvencia se ha reducido notablemente el número de derechos con prelación debido a que ha disminuido la aceptación pública de ese trato preferente, en otros países se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de preferencia para muchos tipos de créditos puede complicar los objetivos fundamentales del proceso de insolvencia y dificultar la eficacia y eficiencia del proceso. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan.

d) Acreedores con créditos no garantizados

194. Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores privilegiados, se prorratea el saldo entre los acreedores no garantizados. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la subordinación de algunos créditos. Algunos países dan menor prelación a créditos como las gratificaciones, las multas y sanciones, los préstamos de accionistas y los derechos a créditos no garantizados generales posteriores a la solicitud de procedimiento, mientras que otros países excluyen esos créditos.

e) Propietarios

195. Muchos regímenes de la insolvencia adoptan la regla general de que los propietarios de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se haya pagado íntegramente a los acreedores, que gozan de mayor prelación. Esto puede requerir o no el pago de intereses. La distribución se hace de conformidad con la clasificación de las acciones que prevean el derecho de sociedades y la carta fundacional de la empresa.

f) Método de distribución

196. En los regímenes en que las deudas preferentes de la misma categoría gozan de idéntica prioridad entre ellas, una vez abonados los gastos del procedimiento de insolvencia, esas deudas se pagarán en su totalidad a menos que los bienes de los que dependa su pago no sean suficientes para abonarlas. En ese caso, el pago de cada deuda se reduce proporcionalmente según su grado de prelación. De este modo, se paga íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llega a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría, se prorratea entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no prevén distintos grados de prelación, cuando no hay fondos suficientes para el pago íntegro, el prorrateo se hace entre todos los acreedores. En los procedimientos de reorganización, puede ser conveniente supeditar la confirmación del plan a que los acreedores con prelación cobren íntegramente sus créditos, a menos que dichos acreedores convengan otra cosa.

197. [En el plan de reorganización se pueden proponer prioridades de distribución distintas de las previstas por la legislación, siempre y cuando esa modificación haya sido aprobada por los acreedores que voten sobre el plan.]

2. Resumen: Distribución

198. Con la suma disponible para los acreedores se pagarían, por el siguiente orden:

a) [Los créditos garantizados]

b) Los gastos y remuneraciones que se deriven del nombramiento, de las obligaciones y de las funciones del representante de la insolvencia;

c) Los gastos administrativos;

d) [Otros créditos aprobados].

199. Los derechos prioritarios pueden [mantenerse para los créditos de los empleados y otros acreedores privilegiados] [mantenerse a un nivel mínimo].

200. Los créditos pertenecientes a cada una de estas categorías gozan, entre ellos, de idéntico grado de prelación. Una vez pagados íntegramente todos los créditos de la primera categoría, se pasa a la siguiente, y así sucesivamente. De no disponerse de fondos suficientes para pagarlos en su totalidad, se pagan proporcionalmente.

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2) [Original: inglés]

Adición

Índice

		Página
Observaciones generales		421
Tercera parte. Proyecto de disposiciones legislativas		422
Disposiciones relativas a la liquidación		422
I.	Relación entre los procedimientos de liquidación y de reorganización	422
II.	Requisitos para la solicitud y la apertura de procedimientos	422
	A. Alcance	422
	B. Criterios para la solicitud y la apertura de procedimientos	422
III.	Consecuencias de la apertura de un procedimiento de liquidación	424
	A. El patrimonio de la insolvencia	424
	B. Suspensión del procedimiento	424
	C. Tratamiento de los contratos	425
	D. Acciones de anulación	426
IV.	Administración de los procedimientos	428
	A. Derechos y obligaciones del deudor	428
	B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia	428
	C. Créditos y demandas de los acreedores	430
	D. Junta de acreedores	430
V.	Liquidación y distribución	432
	Prioridades en la distribución	432
Disposiciones relativas a la reorganización		433
II.	Requisitos para la solicitud y la apertura de procedimientos	433
	A. Alcance	433
	B. Criterios para la solicitud y la apertura de procedimientos	433

III. Consecuencias de la apertura de un procedimiento de reorganización 433
A. El patrimonio de la insolvencia 433
B. Suspensión del procedimiento 433
C. Tratamiento de los contratos 434
D. Acciones de anulación 434
IV. Administración del procedimiento 434
A. Derechos y obligaciones del deudor 434
B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia 434
C. Créditos y demandas de los acreedores 434
D. Junta de acreedores 434
V. Otras cuestiones específicas de la reorganización 435
A. Financiación posterior a la apertura del procedimiento 435
B. Plan de reorganización 435

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.54, y la segunda parte, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1]

Observaciones generales

1. Las disposiciones legislativas modelo que se enuncian en esta tercera parte del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia tienen por objeto ayudar al Grupo de Trabajo a examinar posibles soluciones optativas para algunas de las cuestiones de fondo que se analizan en la segunda parte del proyecto de guía, y en ellas se reflejan y aplican algunas de las modalidades presentadas en la sección B con respecto a cada cuestión. Como se trata de un anteproyecto, sus disposiciones no tienen por objeto recomendar determinadas soluciones sino más bien sugerir la forma en que esas disposiciones podrían plasmarse en las legislaciones. En muchos casos, las disposiciones abordan sólo algunas de las cuestiones que tal vez convenga tratar en la guía legislativa. Las disposiciones se han agrupado en la tercera parte para facilitar su consulta en esta etapa de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, pero se prevé insertarlas en el cuerpo de la guía legislativa al final del examen analítico de la cuestión a que correspondan.

2. Cuando el Grupo de Trabajo haya concluido el examen de la segunda parte del proyecto de guía en su actual período de sesiones, tal vez desee pedir a la Secretaría que vuelva a redactar las disposiciones de la tercera parte a fin de que reflejen las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo.

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Tercera parte

Proyecto de disposiciones legislativas

Disposiciones relativas a la liquidación

I. Relación entre los procedimientos de liquidación y de reorganización

(véase Disposiciones relativas a la reorganización en el capítulo V *infra*)

II. Requisitos para la solicitud y la apertura de procedimientos

A. Alcance

1) Todo procedimiento de insolvencia entablado contra un empresario deudor se regirá por la presente ley.

2) Los procedimientos de insolvencia que afecten a [*especificación de todo tipo de entidades, como bancos o compañías de seguros, que se hallen sujetas a un régimen de insolvencia especial en el Estado promulgante o que éste desee excluir de la aplicación de la presente Ley Modelo*] no se regirán por la presente ley.

3) Podrán entablarse procedimientos de insolvencia contra todo deudor que tenga el centro de sus principales intereses en este Estado[1].

4) Salvo prueba en contrario, se presumirá que una persona jurídica tiene el centro de sus principales intereses en este Estado si su domicilio social se halla en este Estado[2].

5) Salvo prueba en contrario, se presumirá que una persona física tiene el centro de sus principales intereses en este Estado si su residencia habitual se halla en este Estado.

Notas explicativas

[1] La disposición puede ampliarse haciendo referencia al establecimiento o a los bienes del deudor en este Estado.

[2] El texto de los párrafos 4 y 5 se basa en el del párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

B. Criterios para la solicitud y la apertura de procedimientos

1) La solicitud de liquidación podrá ser presentada por:

a) El propio deudor;

b) [Un acreedor] [*el número requerido de acreedores*] del deudor;

c) Un organismo [estatal] [prescrito por ley];

d) [*Otras personas o entidades*].

2) Todo deudor podrá solicitar un procedimiento de liquidación cuando sea insolvente. Un deudor se considerará insolvente cuando [no pueda pagar] [no pague en general] sus deudas en el plazo de vencimiento [tenga dificultades financieras que no le permitan pagar sus deudas en el plazo de vencimiento].

3) Los acreedores podrán presentar una solicitud de procedimiento de liquidación contra un deudor insolvente, siempre y cuando:

a) Se adeude a [*especificación del número mínimo requerido*][1] acreedores una cantidad no inferior a [*especificación de la cantidad mínima requerida*][2] o, si el número de acreedores del deudor es inferior al requerido, uno o más acreedores tengan créditos liquidados y vencidos por un valor no inferior a [*especificación de la cantidad mínima requerida*];

b) [Se demuestre que el deudor es insolvente].

4) [*Requisitos para la iniciación de un procedimiento involuntario por una autoridad pública*]

5) Toda solicitud de procedimiento de liquidación presentada por un deudor deberá notificarse [sin demora] [en un plazo de [...] días] a los acreedores y publicarse en [*indíquese dónde: en el diario o boletín oficial del Estado o en un periódico nacional de gran difusión*] en un plazo de [..] días.

6) Toda solicitud de procedimiento de liquidación presentada por acreedores deberá notificarse [sin demora] al deudor [en un plazo de [..] días]. El deudor tendrá derecho a impugnar la solicitud de los acreedores en un plazo de [...] días. El tribunal dirimirá la controversia [sin demora] [en un plazo de [...] días].

7) [Salvo prueba en contrario, se presumirá que las afirmaciones de los acreedores respecto de sus créditos y del impago del deudor son correctas.]

Notas explicativas

[1] En algunos países, la solicitud debe ser presentada por más de un acreedor. El número mínimo de acreedores varía: tres (Filipinas); dos (Países Bajos); de uno a tres, según los criterios aplicables (Estados Unidos de América); [*otros ejemplos*].

[2] Algunos países exigen que se fije un importe mínimo de la deuda. Por ejemplo, con arreglo a la legislación de los Estados Unidos, la solicitud de quiebra por procedimiento involuntario podrá ser presentada por tres acreedores a quienes se adeude por lo menos un total de 10.775 dólares; cuando el deudor tenga menos de 12 acreedores, la solicitud de procedimiento involuntario podrá ser presentada también por uno o dos acreedores.

III. Consecuencias de la apertura de un procedimiento de liquidación

A. El patrimonio de la insolvencia

1) El patrimonio de la insolvencia (o la masa de la quiebra) nace con la apertura del procedimiento de liquidación.

2) El patrimonio de la insolvencia comprende todos los bienes corporales o inmateriales sobre los que el deudor tenga un derecho de propiedad o algún otro derecho, concretamente:

a) Todos los créditos y derechos contractuales de que goce el deudor o que le correspondan;

b) Todos los derechos legales y públicos de que goce el deudor y que tengan o puedan tener algún valor monetario.

3) Los bienes enunciados en el párrafo 2 formarán parte del patrimonio cuando ya exista en el momento de apertura de la liquidación o cuando comiencen a existir tras la apertura del procedimiento de liquidación por efecto de circunstancias anteriores a dicho procedimiento [a reserva, en todos los casos, de que existan garantías reales válidas y derechos de terceros válidos].

4) El patrimonio de la insolvencia comprenderá también todos los bienes recuperados por el representante de la insolvencia mediante acciones de anulación.

5) Cuando el deudor sea una persona física, el patrimonio de la insolvencia no comprenderá: [*bienes que se desee excluir, como determinados bienes personales y domésticos y los bienes necesarios para la subsistencia del deudor*].

B. Suspensión del procedimiento

1) Tras la apertura del procedimiento de liquidación:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, y

c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2) El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor[1].

3) La suspensión o paralización del procedimiento afectará a todos los acreedores del deudor, incluidos los acreedores con créditos garantizados, los acreedores preferentes, los acreedores que tengan derechos legales de garantía y los acreedores estatales.

Variante A

[4) La suspensión del procedimiento afectará a los acreedores garantizados por un período de [...] días. Transcurrido ese período, el tribunal podrá prorrogar la suspensión siempre y cuando [*especificación de requisitos, por ejemplo, que la garantía no sea indispensable para la venta de la empresa, que mediante la prórroga de la suspensión el representante de la insolvencia pueda aumentar al máximo el valor del patrimonio [y] [o] que el acreedor garantizado no vea mermado el valor de su garantía o que [...]*.][2]

Variante B

[4) Podrá dejar de aplicarse la suspensión del procedimiento a un acreedor garantizado respecto de los bienes sobre los que disponga de garantía, siempre y cuando [*especificación de requisitos, por ejemplo, que el valor de los bienes sobre los que dicho acreedor disponga de garantía sea inferior al importe de su crédito garantizado, o que el valor de la garantía en poder del acreedor pueda verse mermado por el mantenimiento de la suspensión y no se pueda proteger al acreedor garantizado, o que [...]*.]

Nota explicativa

[1] Los párrafos 1 y 2 son una reproducción casi literal del texto de los párrafos 1 a) a c) y 3 del artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza.

[2] En el párrafo 4 se presentan dos posibles variantes; en la primera variante se fija un plazo prorrogable para la aplicación de la suspensión a los acreedores garantizados, y la segunda prevé que la suspensión surta efecto durante todo el procedimiento salvo en determinadas circunstancias, en que puede levantarse.

C. Tratamiento de los contratos

1) El representante de la insolvencia podrá mantener en vigor o poner fin a toda obligación contractual del deudor que no sea [*especificación de las excepciones*].

2) Durante un plazo mínimo de notificación de [...] días, el representante de la insolvencia no podrá rescindir los siguientes tipos de contratos: [*especificación de contratos, por ejemplo, los contratos laborales con los empleados del deudor*].

3) [El representante de la insolvencia] [El tribunal] podrá [*resolver en contra de*] [*considerar nula y sin efecto*] toda cláusula de un contrato en virtud de la cual éste quede rescindido al abrirse un procedimiento de liquidación. Esta disposición no será aplicable a [...].

4) En caso de que el representante de la insolvencia no declare en un plazo razonable que las obligaciones contractuales del deudor se cumplirán debidamente, el acreedor podrá optar por mantener o por rescindir el contrato.

5) [Cuando se ponga fin a una obligación contractual del deudor, deberá aprobarse un crédito previo a la apertura del procedimiento cuyo valor corresponda al perjuicio monetario ocasionado por la rescisión.][La rescisión de un contrato dará origen a un crédito no garantizado por un valor correspondiente a los daños ocasionados por la rescisión.]

6) El representante de la insolvencia podrá declarar eficaz un contrato que, debido a un impago del deudor, haya sido rescindido por un acreedor en un plazo de [...] días antes de la apertura del procedimiento de liquidación, siempre y cuando ese incumplimiento sea subsanado por el pago íntegro de todas las sumas adeudadas. Esta disposición no será aplicable a [...].

7) El representante de la insolvencia podrá ceder un contrato [*mantenido vigente*] a un tercero a cambio de valor económico, a reserva de que [la otra parte] [los acreedores] [el tribunal] apruebe[n] la cesión. [En caso de cesión de un contrato, el cesionario debe hallarse en condiciones de cumplirlo y se le podrá exigir que ofrezca garantías de cumplimiento.]

8) Todas las obligaciones contractuales que mantenga el representante de la insolvencia pasarán a ser obligaciones del patrimonio de la insolvencia desde el momento en que se inicie el procedimiento de liquidación. [El acreedor podrá exigir al representante de la insolvencia que aporte una garantía].

D. Acciones de anulación

1) El representante de la insolvencia tendrá derecho a anular o a dejar sin efecto los actos que perjudiquen a los acreedores, como las transferencias de bienes o derechos, los gravámenes sobre bienes y las obligaciones contraídas. Esta disposición no será aplicable a [...].

2) Los actos perjudiciales estarán sujetos a anulación cuando el representante de la insolvencia demuestre que:

a) El deudor actuó con intención de defraudar a los acreedores, o impidió o demoró el cobro de los créditos (“actos fraudulentos”);

b) El deudor no recibió, como consecuencia del acto, una contraprestación correspondiente al valor real y era insolvente en la fecha en que tuvo lugar el acto, o pasó a serlo por efecto del mismo (“acto con infravaloración”); o

c) El acto tuvo lugar con un acreedor, para saldar una deuda, [... [días] [meses]] antes [de la solicitud] [de la apertura] del procedimiento de liquidación [y, como consecuencia de ese acto, el acreedor recibiría una parte de los bienes del deudor superior a la que le correspondería legalmente por prorrateo] (“actos preferentes”).

3) Los actos perjudiciales que tengan lugar después de presentarse la solicitud de procedimiento pero antes de su apertura se considerarán perjudiciales y sujetos a anulación, salvo que los autorice un representante preliminar de la insolvencia[1].

4) Todo acto de compensación que tenga lugar [...] [días] [meses] antes [de la solicitud] [de la apertura] del procedimiento de liquidación [no] se considerará perjudicial [ni] y sujeto a anulación.

5) Los actos perjudiciales previos a [la solicitud] [la apertura] [de] [del] procedimiento de liquidación serán anulables cuando hayan tenido lugar en los siguientes plazos:

a) En el caso de los actos fraudulentos, [...] [meses] [años] antes de [la solicitud] [la apertura];

b) En el caso de los actos con infravaloración o los actos preferentes en que intervengan acreedores que tengan una relación estrecha empresarial o familiar con el deudor del deudor, [...] [días] [meses] antes de [la solicitud] [la apertura];

c) En el caso de los actos preferentes en que intervengan acreedores que no tengan una estrecha relación empresarial ni familiar con el deudor, [...] [días] [meses] antes de [la solicitud] [la apertura].

6) Las transferencias en beneficio de acreedores que tengan una estrecha relación empresarial o familiar con el deudor se regirán por las siguientes normas: [*especificación de disposiciones sobre los períodos de sospecha y la carga de la prueba*].

7) Un acreedor u otra persona que participe en una acto fraudulento con el deudor no incurrirá en responsabilidad, ni quedará anulado el acto, si el acreedor o esa otra persona ha pagado un valor justo y [no conocía] [no conocía ni debiera haber conocido] la intención del deudor de defraudar a los acreedores.

8) Un acreedor u otra persona que participe conjuntamente con el deudor en un acto con infravaloración no incurrirá en responsabilidad, ni quedará anulado el acto, si ni el acreedor ni esa otra persona tenían una estrecha relación empresarial o familiar con el deudor y si [no sabían] [no sabían ni debieran haber sabido] que el deudor era insolvente en la fecha en que tuvo lugar el acto o que pasaría a serlo por efecto del mismo.

Variante A

9) Un acreedor que participe en un acto preferente con el deudor no incurrirá en responsabilidad, ni deberá anularse el acto, si el acto del deudor:

a) Se realizó básicamente al mismo tiempo en que nació el crédito del acreedor;

b) Fue seguido del pago de valor económico por el acreedor al deudor; o

c) Tuvo lugar en el curso ordinario de los negocios.

Variante B

9) Un acreedor que participe en un acto preferente con el deudor no incurrirá en responsabilidad, ni quedará anulado el acto, si el acreedor [no sabía] [no sabía ni debiera haber sabido] que el deudor era insolvente en la fecha en que tuvo lugar el acto, o que pasaría a serlo por efecto del mismo.

10) Cuando una operación entre los supuestos de los párrafos 2 a 4 *supra*, el representante de la insolvencia podrá exigir la devolución de los bienes transferidos, o reclamar su valor [al beneficiario de la transferencia] [a la persona que haya participado en el acto].

Nota explicativa

[1] En algunos regímenes de la insolvencia se prevé el nombramiento de un representante preliminar de la insolvencia después de la solicitud pero antes de la apertura del procedimiento. El representante preliminar de la insolvencia podrá estar

facultado, entre otras cosas, para autorizar diversas operaciones que no estarían sujetas a anulación tras la apertura del procedimiento.

IV. Administración de los procedimientos

A. Derechos y obligaciones del deudor

1) Tanto en una liquidación como en una reorganización, el deudor tendrá derecho a exponer su parecer sobre cualquier cuestión relativa al procedimiento.

2) El deudor presentará al tribunal, al representante de la insolvencia [y, cuando sea necesario, a la junta de acreedores] toda información de interés para el procedimiento [*como los libros y archivos del deudor que obren en su poder, a los que tenga acceso o de los cuales tenga conocimiento, cuando en ellos figure información sobre todos los acreedores con los que haya contraído o pueda haber contraído deudas, sobres sus bienes, obligaciones, operaciones comerciales, ingresos y gastos actuales y sobre las transferencias de sus bienes hechas por él o por cuenta suya a partir de [...] días antes de la apertura del procedimiento*].

3) [El deudor aceptará que se investiguen sus bienes y negocios en el momento y en las condiciones en que lo requiera [el representante de la insolvencia] [el tribunal] [o conforme a los dispuesto en la presente ley].

4) El deudor cooperará con el representante de la insolvencia en otros aspectos cuando sea necesario para el cumplimiento de sus obligaciones, concretamente para representar al deudor y al patrimonio como demandante y como demandado[1].

5) El representante de la insolvencia asumirá o controlará la gestión de la empresa del deudor.

Notas explicativas

1 El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión conexa de la obligación del deudor de revelar información. Como los hechos revelados podrían dar lugar a un juicio penal o administrativo, pueden plantearse cuestiones que sean más bien de derecho penal y que no entren en el ámbito de la presente guía legislativa. La información facilitada por el deudor conforme a su obligación podrá o no utilizarse en actuaciones penales contra él.

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

1) El tribunal nombrará un representante de la insolvencia [tras la apertura del procedimiento] [si ello redunda en interés de las diversas partes interesadas en el caso]. El representante de la insolvencia podrá ser una persona física [o jurídica].

2) El representante de la insolvencia [deberá cumplir los requisitos siguientes] [deberá cumplir los requisitos y poseer las cualidades siguientes]: [*especificación de cualidades y requisitos, como independencia, conocimiento del derecho y experiencia en cuestiones comerciales [...]*].

3) A petición de [*especificación del posible o de los posibles solicitantes*], el tribunal podrá destituir al representante de la insolvencia por incumplimiento de sus funciones.

4) En caso de fallecimiento, renuncia o destitución del representante de la insolvencia, el tribunal nombrará un nuevo representante de la insolvencia. En tales supuestos, no se pondrá fin a ningún procedimiento en que el representante de la insolvencia haya actuado como representante del patrimonio de la insolvencia, y su sucesor lo sustituirá como parte de pleno derecho en tal procedimiento.

5) El tribunal podrá destituir al representante de la insolvencia si se demuestra que ha actuado con [suma incompetencia] [negligencia grave]. Esta [incompetencia] [negligencia] quedará demostrada si el representante de la insolvencia ha incumplido sus obligaciones, si ha realizado actividades fraudulentas o ilegales o si ha causado pérdidas monetarias excesivas. Los acreedores podrán decidir por mayoría de [*especificación de la mayoría requerida de votos, por ejemplo de las tres cuartas partes*] solicitar al tribunal la destitución del representante de la insolvencia. Si el tribunal decide sustituirlo, designará un nuevo representante de la insolvencia.

6) En los procedimientos de liquidación, el representante de la insolvencia será responsable del patrimonio de la insolvencia, y sus [funciones] [derechos y obligaciones] consistirán en:

a) Actuar como representante del patrimonio de la insolvencia;

b) Representar en exclusividad el patrimonio de la insolvencia como demandante y como demandado;

c) Adoptar todas las medidas necesarias para conservar y mantener en condiciones satisfactorias todos los bienes que formen parte del patrimonio de la insolvencia;

d) Registrar los derechos del patrimonio (cuando la inscripción en un registro sea necesaria para que los derechos del patrimonio prevalezcan sobre los compradores que hayan actuado de buena fe);

e) Pedir autorización al tribunal para contratar los contables, abogados, tasadores y otros profesionales que sean necesarios para ayudar al representante de la insolvencia a cumplir sus obligaciones;

f) Someter a indagaciones al deudor y a toda persona que haya realizado operaciones con él a fin de investigar sus negocios y de determinar la existencia, el paradero, la magnitud y la situación de todo bien que el representante de la insolvencia considere que deba formar parte del patrimonio de la insolvencia;

g) Solicitar al tribunal un mandamiento por el que se ordene a una persona la entrega de un bien que forme parte del patrimonio de la insolvencia, o por el que se impida a una persona disponer de un bien de dicho patrimonio;

h) Examinar y admitir créditos y preparar una declaración sobre los créditos aceptados y los controvertibles;

i) Atender las solicitudes razonables de información sobre el patrimonio de la insolvencia o sobre su administración, salvo en los casos en que existan restricciones impuestas por el tribunal;

j) Presentar al tribunal informes periódicos sobre la administración del patrimonio de la insolvencia. Los informes deberán contener: [especificación detallada de la información requerida, como los bienes vendidos durante el período abarcado por el informe, los precios cobrados, los gastos de la venta y toda información que el tribunal pueda requerir o que la junta de acreedores pueda razonablemente requerir];

k) Asistir a las reuniones de los acreedores y de la junta de acreedores y presentar informes sobre la administración del patrimonio de la insolvencia. Los informes deberán contener: [especificación detallada de la información requerida];

l) Vender los bienes del patrimonio de la insolvencia al mejor precio que pueda razonablemente obtenerse en el mercado [libre];

m) Liquidar el patrimonio sin demora, de manera eficaz y del modo más beneficioso para [los acreedores] [las diversas partes interesadas en el caso];

n) Presentar al tribunal un informe final dando cuenta de la administración del patrimonio de la insolvencia.

7) El representante de la insolvencia solicitará al tribunal autorización para obtener el reembolso de los gastos razonables que haya realizado en el cumplimiento de sus funciones [*especificación del modo de cálculo de la suma a reembolsar*].

C. Créditos y demandas de los acreedores

1) Todo acreedor [cuyo crédito sea anterior a la apertura del procedimiento] tendrá derecho a presentar demandas contra el patrimonio en el plazo de [...] días después [de la apertura del procedimiento de liquidación] [de que [el tribunal] [el representante de la insolvencia] haya notificado la apertura del procedimiento].

2) Para interponer una demanda, el acreedor deberá presentar [al tribunal] [al representante de la insolvencia] la siguiente información:

a) El importe del crédito;

b) Los motivos que justifican la demanda;

c) [Una indicación de si el crédito está garantizado, del tipo de garantía o del bien constituido en garantía].

3) El importe del crédito se calculará en el momento de la apertura del procedimiento de liquidación en [especificación de la moneda del Estado interesado]. No se concederán intereses por los créditos no garantizados una vez iniciado el procedimiento de liquidación.

4) El representante de la insolvencia podrá admitir o rechazar cualquier demanda fundada en un crédito. Los créditos de valor indeterminado, los créditos garantizados y los créditos controvertibles podrán admitirse provisionalmente en espera de que se determine el valor del crédito o de su garantía, o de que se resuelva la controversia.

5) Los acreedores podrán solicitar al tribunal que decida admitir o rechazar provisionalmente una demanda únicamente a efectos de votación.

6) El representante de la insolvencia presentará al tribunal listas de todas las demandas admitidas, admitidas provisionalmente y rechazadas. La lista de demandas podrá consultarse y el representante de la insolvencia informará a todos los acreedores sobre la existencia de la lista.

7) Todo acreedor podrá impugnar una demanda, el importe del crédito, la forma en que se haya registrado la demanda, o su omisión en la lista de demandas, en el plazo de [...] días a partir de [la notificación] la publicación de la lista.

8) El tribunal examinará [sin demora] cada una de las demandas impugnadas [en un plazo de [*especificación del plazo requerido*]].

9) Una vez que el tribunal se haya pronunciado sobre la admisión provisional, el rechazo o la impugnación de una demanda, [todo acreedor podrá pedir al representante de la insolvencia que modifique] [el representante de la insolvencia modificará] en consecuencia la lista de demandas.

D. Junta de acreedores

1) En los procedimientos de liquidación podrá constituirse una junta de acreedores [a menos que los acreedores decidan no participar en ella].

2) La junta de acreedores deberá supervisar el procedimiento de liquidación y consultar al representante de la insolvencia respecto de la disposición de los bienes importantes, la iniciación de litigios importantes o la forma de actuar en ellos, la administración de los negocios del deudor y [...]. La junta podrá oponerse a las medidas del representante de la insolvencia e impugnarlas ante el tribunal.

3) La junta será [nombrada por [el tribunal] [el representante de la insolvencia]] [elegida por voto mayoritario de los acreedores presentes en la primera asamblea de acreedores conforme a [*especificación de los criterios*]; la elección estará sujeta a la confirmación del tribunal].

4) La junta estará integrada por un número máximo de [*cifra impar*] acreedores [garantizados y] no garantizados, que se seleccionarán [*especificación de la forma de hacerlo, por ejemplo, consultando una lista de acreedores preparada por el deudor*].

5) Se celebrará una asamblea inicial de acreedores para examinar el estado de los negocios del deudor, estudiar el plan de acción del representante de la insolvencia y ocuparse de toda otra cuestión que sea competencia de la junta.

6) A efectos de rendición de cuentas, la junta de acreedores podrá examinar los negocios financieros del deudor y el patrimonio de la insolvencia, incluidos los libros, los archivos y las operaciones financieras de la empresa.

7) Los miembros de la junta no serán responsables de ninguna medida que adopten como tales, salvo si el tribunal resuelve que [la junta ha incumplido su obligación fiduciaria frente a los acreedores] [la junta o cualquiera de sus miembros han actuado de manera indebida]. El tribunal podrá destituir a cualquier miembro de la junta si se demuestra que ha actuado de manera fraudulenta o ilegal o que ha abusado de su cargo en la junta.

8) Para recibir asistencia en su labor y con la aprobación [del tribunal] [del representante de la insolvencia], la junta de acreedores podrá contratar a un secretario y a consultores y profesionales, cuyos honorarios se pagarán con cargo a los activos del patrimonio de la insolvencia.

9) Cada miembro de la junta tendrá un voto, y las decisiones se adoptarán por mayoría. [Los miembros de la junta deberán abstenerse en caso de conflicto de intereses].

10) Todos los acreedores tendrán derecho a [participar en] [ser consultados sobre] las siguientes medidas:

a) La decisión de poner fin al procedimiento, en cuyo caso deberán convenirse con los acreedores las condiciones para acceder a ello;

b) La decisión de convertir el procedimiento de liquidación en procedimiento de reorganización;

c) La decisión de vender una parte sustancial de los bienes de la sociedad insolvente como empresa en marcha.

V. Liquidación y distribución

Prioridades en la distribución

1) En una liquidación, al proceder a la distribución de los bienes del deudor entre los acreedores, el representante de la insolvencia utilizará la suma disponible pagando, por el siguiente orden:

a) En primer lugar, todos los gastos y remuneraciones que se deriven del nombramiento, de las obligaciones y de las funciones del representante de la insolvencia;

b) En segundo lugar, [los gastos administrativos];

c) En tercer lugar, [todos los demás créditos admitidos].

2) Las deudas correspondientes a cada una de estas tres categorías gozarán de idéntica prelación entre ellas y deberán abonarse íntegramente antes de pagar a los acreedores de la categoría siguiente. Cuando no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de una determinada categoría, se les pagará proporcionalmente.

3) Una vez pagadas íntegramente todas estas categorías de deudas, el representante de la insolvencia utilizará el saldo para pagar, en primer lugar, los intereses correspondientes a créditos aprobados, calculados después de la fecha pertinente, y, en segundo lugar, a los accionistas o al deudor conforme a los derechos que les correspondan.

Disposiciones relativas a la reorganización

II. Requisitos para la solicitud y la apertura de procedimientos

A. Alcance

Texto idéntico al de los párrafos 1 a 5 relativos a la liquidación.

B. Criterios para la solicitud y la apertura de procedimientos

Texto idéntico al de los párrafos 1 a 7 relativos a la liquidación.

Posibles disposiciones optativas para propuestas de reorganización

Texto idéntico al de los párrafos 1 y 4 a 7 relativos a la liquidación, modificándose del siguiente modo los párrafos 2 y 3:

2) El deudor podrá presentar una propuesta de reorganización cuando [sea insolvente] [se halle en una situación financiera precaria].

3) Los acreedores podrán presentar una propuesta de reorganización contra el deudor, siempre y cuando:

a) Se adeude a [*especificación del número mínimo requerido*][1] una cantidad no inferior a [*especificación de la cantidad mínima requerida*][2] o, si el número de acreedores del deudor es inferior al requerido, uno o más acreedores tengan créditos liquidados y vencidos por un valor no inferior a [*especificación de la cantidad mínima requerida*];

b) [El deudor [sea insolvente] [se halle en una situación financiera precaria]] [se hayan menoscabado los derechos de los acreedores].

III. Consecuencias de la apertura de un procedimiento de reorganización

A. El patrimonio de la insolvencia

Texto idéntico al de los párrafos 1 a 5 relativos a la liquidación.

B. Suspensión del procedimiento

Texto idéntico al de los párrafos 1) a 3) relativos a la liquidación, con un párrafo 4 modificado y un nuevo párrafo 5:

4) Podrá dejar de aplicarse la suspensión del procedimiento a un acreedor garantizado respecto de los bienes sobre los que disponga de garantía cuando:

a) El valor de la garantía en poder del acreedor garantizado pueda verse mermado por el mantenimiento de la suspensión y no se pueda proteger al acreedor garantizado;

b) El deudor no pueda proponer un plan a sus acreedores en un plazo de [...] días tras la apertura del procedimiento; o

c) [El tribunal] [el representante de la insolvencia] decida que la continuación del procedimiento de reorganización no redundaría en beneficio de los acreedores.

5) No podrá presentarse una solicitud de procedimiento de liquidación relativa al deudor ni iniciarse tal procedimiento hasta que haya concluido el procedimiento de reorganización, o hasta que el tribunal le haya puesto fin o haya autorizado su transformación en procedimiento de liquidación.

C. Tratamiento de los contratos

Texto idéntico al de los párrafos 1 a 8 relativos a la liquidación.

D. Acciones de anulación

Texto idéntico al de los párrafos 1 a 10 relativos a la liquidación.

IV. Administración del procedimiento

A. Derechos y obligaciones del deudor

Texto idéntico al de los párrafos 1 a 5 relativos a la liquidación.

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

Texto idéntico al de los párrafos 1 a 7 relativos a la liquidación, pero sin los apartados l) y m) del párrafo 6 y con el siguiente nuevo apartado:

(...) Ejecutar el plan aprobado por los acreedores y confirmado por el tribunal.

C. Créditos y demandas de los acreedores

[texto idéntico al de los párrafos 1 a 9 relativos a la liquidación].

D. Junta de acreedores

Texto idéntico al de los párrafos 1 a 10 relativos a la liquidación.

V. Otras cuestiones específicas de la reorganización

A. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1) Si el representante de la insolvencia decide que se requieren fondos suplementarios para que el deudor pueda proseguir su actividad o para que su empresa pueda seguir funcionando, podrá consentir en que el deudor celebre acuerdos de financiación y constituya garantías sobre sus bienes.

2) La financiación posterior a la apertura del procedimiento que se apruebe en virtud del párrafo 1 se considerará un gasto realizado durante el período de reorganización y gozará de prelación en el pago.

3) Una garantía constituida sobre los bienes del deudor para obtener financiación tras la apertura del procedimiento que haya sido aprobada con arreglo al párrafo 1 no tendrá prelación sobre ninguna otra garantía constituida sobre esos mismos bienes, salvo si el titular de esa otra garantía da por escrito su consentimiento al representante de la insolvencia.

B. Plan de reorganización

Contenido de la propuesta de reorganización

1) En la propuesta de reorganización deberá consignarse lo siguiente:

a) Las condiciones de la reorganización propuesta (el “plan”);

b) Una declaración en que se exponga el estado de los negocios del deudor, con información detallada sobre sus acreedores [y los créditos], sus bienes, sus deudas y otras obligaciones;

c) [Toda otra información prescrita en la reglamentación adoptada conforme a la presente ley].

Nombramiento del representante preliminar de la insolvencia

1) Cuando se presente una propuesta de reorganización, el tribunal nombrará un representante preliminar de la insolvencia.

2) El representante preliminar de la insolvencia evaluará las posibilidades de que se apruebe, confirme y ejecute el plan.

3) El representante preliminar de la insolvencia presentará su informe al tribunal en un plazo de [...] días tras la presentación de la propuesta de reorganización.

4) Cuando el tribunal lo considere apropiado, podrá convocar una reunión del deudor y sus acreedores para aprobar la propuesta de reorganización.

5) Todos los acreedores del deudor tendrán derecho a asistir a la reunión y a votar sobre la propuesta, así como a proponer modificaciones de la misma.

Contenido del plan

1) En el plan de reorganización:

a) Se enumerarán y clasificarán todos los créditos pendientes frente al deudor;

b) Se especificarán las categorías de créditos que se vean perjudicadas por el plan;

c) Se especificará el tratamiento que se dará a las categorías de créditos que se vean perjudicadas por el plan;

d) Se indicarán los medios de ejecución del plan [como:

i) La conservación por el deudor de una parte de los bienes del patrimonio de la insolvencia;

ii) La reestructuración de la empresa del deudor, incluida su fusión o consolidación;

iii) La venta de una parte de los bienes del patrimonio, que pueden estar o no sujetos a gravámenes o a garantías reales, o la distribución de una parte de los bienes del patrimonio entre quienes tengan algún derecho a esos bienes;

iv) La satisfacción de toda garantía real;

v) La modificación de los derechos de los acreedores garantizados [, que no sean ...] o de los acreedores no garantizados;

vi) La iniciación de acciones de anulación;

vii) Disposiciones para mantener vigente, ceder o rescindir cualquier contrato pendiente [, incluidos los contratos de arrendamiento no vencidos];

viii) Disposiciones para la liquidación, el ajuste, la retención o la ejecución de todo crédito del deudor;

ix) La inclusión en el plan de cualquier otra disposición que resulte apropiada para facilitar la reorganización del deudor.]

3) A efectos de la presente ley, no se considerará que un plan perjudica una determinada categoría de créditos si el plan no altera los derechos que tengan los acreedores sobre créditos de esa categoría.

Restricciones del contenido del plan

1) En la clasificación de créditos en categorías que prevea un plan, sólo podrá asignarse un crédito a una determinada categoría si dicho crédito es básicamente similar a los demás créditos de esa categoría.

2) En el plan se preverá un tratamiento idéntico para todos los créditos de una determinada categoría, salvo si un acreedor accede a que su crédito reciba un tratamiento menos favorable.

3) Ningún plan podrá menoscabar los derechos de un acreedor garantizado sin el consentimiento de éste.

4) Cuando el deudor sea una persona física, ningún plan propuesto por una entidad distinta de la del deudor podrá prever la utilización, venta o arrendamiento de bienes [no incluidos en el patrimonio de la insolvencia] [expresamente excluidos

del patrimonio de la insolvencia], salvo si el deudor consiente en tal utilización, venta o arrendamiento.

5) El tribunal no confirmará la propuesta cuando el plan prevea:

a) La prelación del pago de las deudas no preferentes sobre el pago de las preferentes; o

b) Una forma de pago de los acreedores preferentes que no sea proporcional. La presente disposición no será aplicable cuando los acreedores preferentes hayan consentido por escrito en recibir una parte inferior a la que proporcionalmente les correspondería.

Aceptación del plan

1) Todo acreedor podrá aceptar o rechazar el plan.

2) El plan se considerará aceptado con respecto a una categoría de créditos cuando lo acepten los acreedores que dispongan, como mínimo, de [*dos tercios del valor*] y de [*más de la mitad del número*] de créditos de esa categoría.

3) El plan se considerará aceptado cuando lo haya aprobado más de la mitad de las categorías de acreedores previstas en el plan.

4) Si una categoría de acreedores no se ve perjudicada por el plan, se presumirá de forma concluyente que todos los acreedores de esa categoría lo han aceptado. No se requerirán solicitudes de aceptación de los acreedores de dicha categoría.

Confirmación del plan

1) Tras la aceptación del plan, el tribunal invitará a todos los acreedores a que asistan a una audiencia para confirmarlo.

2) El tribunal denegará la ratificación del plan cuando:

a) El activo del deudor supere [considerablemente] su pasivo con arreglo al plan;

b) La ejecución del plan no esté suficientemente garantizada;

c) El plan sea el resultado de operaciones fraudulentas o de la concesión de preferencias indebidas a uno o más acreedores, o se haya concertado por otros medios inicuos.

Efectos de la confirmación del plan

1) El plan aprobado conforme a las reglas establecidas en el artículo [...] y confirmado por el tribunal será vinculante para el deudor y para todos los acreedores [, garantizados o no].

Anulación del plan

1) El tribunal podrá anular el plan tras su confirmación si comprueba que:

a) El plan aprobado en la reunión de los acreedores perjudica inicuamente los derechos de uno o más acreedores;

b) Ha habido una irregularidad sustancial en la reunión de los acreedores o en relación con ella.

2) Tras la confirmación del plan, podrán solicitar su anulación:

a) Las personas a quienes no se haya permitido participar en la reunión o en la votación sobre el plan;

b) El representante de la insolvencia;

c) [...].

Limitaciones de la modificación del plan

1) La persona que proponga el plan podrá modificarlo en cualquier momento antes de su confirmación [, siempre y cuando el plan modificado cumpla los requisitos establecidos en la presente ley].

2) La persona que proponga el plan [o el deudor] podrá modificarlo en cualquier momento tras su confirmación y antes de que surta efecto, siempre y cuando el plan modificado cumpla los requisitos establecidos en la presente ley.

3) Se presumirá que todo acreedor que haya aceptado o rechazado el plan ha aceptado o rechazado también sus modificaciones. Esta disposición no será aplicable si el acreedor, [en un plazo de [...] días] [en el plazo fijado por el tribunal], notifica al tribunal que se opone al plan.

4) No surtirá efecto ninguna modificación propuesta que afecte el derecho de un acreedor garantizado a la ejecución de su garantía, a menos que el acreedor haya accedido a tal modificación.

Transformación del procedimiento

1) El tribunal deberá transformar el procedimiento de liquidación en procedimiento de reorganización cuando haya probabilidades de que la reorganización pueda prosperar [en un plazo de [...] días] [en un plazo razonable].

2) Una vez transformado un procedimiento de reorganización en procedimiento de liquidación, no podrá autorizarse una nueva transformación para volver a la reorganización.

3) El tribunal podrá adoptar la decisión de transformar el procedimiento de liquidación en procedimiento de reorganización a petición [del deudor] [del representante de la insolvencia] [de los acreedores] o por iniciativa propia en cualquier momento antes de la distribución.

4) El tribunal deberá transformar el procedimiento de reorganización en procedimiento de liquidación cuando:

a) El deudor no presente el plan de reorganización o sus modificaciones en el plazo fijado por el tribunal;

b) El plan no sea aceptado por los acreedores;

c) El plan no se haya confirmado y se haya desestimado una petición de plazo suplementario para modificar el plan o para presentar otro;

d) No se cumplan o no puedan cumplirse las disposiciones del plan confirmado;

e) El patrimonio continúe sufriendo pérdidas o vaya disminuyendo su valor y no existan posibilidades razonables de que la reorganización pueda prosperar;

f) Se dé una condición del plan en virtud de la cual deba ponérsele fin;

g) El deudor actúe de manera fraudulenta o sin honradez; o

h) No se hayan pagado los honorarios ni los derechos [que deban abonarse conforme a la presente ley] [prescritos en una reglamentación adoptada conforme a la presente ley].

4) El tribunal podrá adoptar la decisión de transformar el procedimiento de reorganización en procedimiento de liquidación a petición [del deudor] [del representante de la insolvencia] [de los acreedores] en cualquier momento antes de que concluya la ejecución del plan.

C. Informe del Secretario General sobre enfoques alternativos de los procedimientos de insolvencia extrajudiciales – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.55) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1 - 5	440
II.	Informe del Banco Asiático de Desarrollo	6	441
III.	Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia	7 - 8	442
IV.	Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados	9 - 12	446
V.	Declaración de Principios del Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL Internacional) para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores	13 - 21	447
VI.	Propuesta para la reestructuración de empresas mediante procedimientos de insolvencia bajo supervisión judicial	22 - 24	451
VII.	Banco Mundial	25 - 26	455

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (1999), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tuvo a la vista una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia. Al examinar esa propuesta, la Comisión señaló que otras organizaciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Asociación Internacional de Abogados, habían abordado diversos proyectos de elaboración de normas y principios relativos a los regímenes de la insolvencia. Entre los temas examinados en esos proyectos figuraban los procedimientos oficiosos de insolvencia elaborados en varios países que constituyen variantes, con respecto a los procedimientos judiciales y ofrecen un mayor grado de flexibilidad y una respuesta más dinámica de los acreedores que en el caso de los regímenes judiciales de la insolvencia.

2. En su 22º período de sesiones, celebrado en diciembre de 1999, el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia examinó cuestiones relacionadas con los

procedimientos oficiosos de insolvencia sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50, párrs. 157 a 160) en la que se recogió la labor realizada al respecto por otras organizaciones internacionales.

3. El presente informe tiene por objeto facilitar el examen de los procedimientos oficiosos de insolvencia por parte del Grupo de Trabajo recordando los debates del 22º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en diciembre de 1999, y del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia, que tuvo lugar en diciembre de 2000, esbozar varias propuestas que se han elaborado para fomentar los procedimientos oficiosos y abordar algunos de los problemas que plantea su utilización cada vez más frecuente.

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta esos aspectos y propuestas al examinar si es conveniente o viable adoptar medidas legislativas sobre el tema. Cabe recordar que en su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión decidió encomendar al Grupo de Trabajo que incluyera la reorganización extrajudicial como rasgo esencial de un régimen firme en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores. Si el Grupo de Trabajo considera que cabe emprender una labor legislativa, tal vez desee examinar si ésta se ha de realizar como parte integral del proyecto de guía legislativa, que trata básicamente de los procedimientos judiciales de insolvencia, o paralelamente a la elaboración de esa guía, con carácter de proyecto separado, aunque relacionado, por el hecho de que los procedimientos oficiosos plantean distintos problemas y dudas y no se comprenden ni utilizan tanto como los procedimientos judiciales.

5. Con frecuencia se emplean distintos términos para denominar los procedimientos extrajudiciales de carácter oficioso, entre ellos “reestructuración”, “rehabilitación”, “reorganización”, “reconstrucción” y “solución”, términos éstos que a veces van acompañados del adjetivo “voluntaria”. A fin de distinguir estos procedimientos voluntarios de carácter oficioso de los que se utilizan en el ámbito judicial y se examinan en los documento A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add. 1 y 2, en el presente documento se emplea, en la medida de lo posible, la expresión “procedimientos extrajudiciales”. Cuando se hace referencia a los informes de otras organizaciones se conserva la terminología que allí se utiliza, de modo que es posible que aparezcan términos diferentes.

II. Informe del Banco Asiático de Desarrollo

6. Los temas relacionados con los procedimientos oficiosos de insolvencia se examinaron en un informe del Banco Asiático de Desarrollo (BAD)[1] en el que se describen las condiciones necesarias para los procedimientos oficiosos, así como los principales procesos y problemas prácticos. Asimismo, se señala que, dado que la cultura comercial de muchos de los países estudiados para el informe promueve la resolución amigable de las disputas, puede haber una base relativamente firme con la que fomentar y construir los elementos necesarios para estructurar una solución informal negociada de los problemas de los deudores insolventes o con problemas

[1] Banco Asiático de Desarrollo, *regional technical assistance project, TA Nº 5795-REG, Insolvency law reform: preliminary comparative report,* 1999 (“el informe del BAD”); también el *Special report: insolvency law reform in the Asian and Pacific region,* Law and Development at the Asian Development Bank: edición de 1999.

financieros. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia examinó en su 22º período de sesiones, celebrado en diciembre de 1999, el material que se cita a continuación, extraído de los párrafos 158 a 160 del documento A/CN.9/WG.V/WP.50.

> "158. El informe del BAD (pág. 24) pone de relieve alguna de las premisas iniciales bien definidas que se requieren para que los procesos oficiosos sean eficaces. Estas premisas son las siguientes: deudas importantes reclamadas por varios acreedores, generalmente bancos u otras instituciones financieras; preferencia por la negociación de un acuerdo para las dificultades financieras del deudor; posibilidad de una refinanciación relativamente compleja, garantías y otras técnicas comerciales que pueden utilizarse para reorganizar o reestructurar las deudas; sanción de recurso a la ley de insolvencia si el proceso oficioso fracasa; y perspectiva para todos de obtener con la negociación un mayor beneficio que en los procesos oficiales.
>
> 159. Lo que en el informe del BAD se denomina "proceso de resolución oficioso consta de varias etapas: creación de un foro en que el deudor y los acreedores puedan tantear y negociar un acuerdo para hacer frente a las dificultades financieras del deudor; nombramiento de un banco acreedor "principal" encargado de organizar y administrar el proceso; establecimiento de un comité "directivo" de acreedores; acuerdo para suspender las acciones adversas de los acreedores y del deudor equiparable a la suspensión de acciones y actuaciones en los procedimientos oficiales; y suministro de información sobre la situación del deudor, incluidas sus actividades, su posición comercial actual y otros datos.
>
> 160. El informe del BAD (págs. 25 a 27) plantea una serie de cuestiones que tal vez convenga resolver al formular un proceso oficioso. Estas cuestiones son la determinación de la parte que puede iniciar el proceso y los instrumentos que pueden utilizarse para llevar adelante el proceso; el grado de participación de expertos y asesores independientes en el proceso; los medios para resolver las diferencias entre acreedores, particularmente con respecto a los derechos de prelación; el trato de los acreedores discrepantes y de los acreedores que no sea posible asociar activamente al proceso por lo numerosos que son; el suministro continuo de fondos a la entidad deudora y la determinación de prioridades para asegurar esa financiación."

III. Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

7. Los párrafos que se transcriben a continuación se extrajeron del informe del Grupo de Trabajo sobre su 22º período de sesiones, celebrado en diciembre de 1999 (documento A/CN.9/469, párrs. 105 a 112 y 116 a 121).

> "105.En diversas fases del debate sobre los procedimientos oficiosos relativos a la insolvencia se hizo referencia al hecho de que con frecuencia los deudores insolventes y sus acreedores entablaban negociaciones colectivas fuera del ámbito judicial con miras a convenir una solución de las dificultades financieras del deudor. Se señaló que, para tener éxito, esas negociaciones (que podían prever, por ejemplo, la concesión de nuevos fondos y la

reorganización o reestructuración de las operaciones del deudor) tenían que incluir a todos los acreedores o, por lo menos, a los acreedores que representaran la parte más importante de las obligaciones totales del deudor.

106. Se observó que esos arreglos extrajudiciales de carácter voluntario constituían a menudo la vía menos costosa para resolver las dificultades financieras de una empresa insolvente. Estos arreglos brindaban la importante oportunidad de mantener a la empresa en funcionamiento y de preservar los empleos; además, al mantener en marcha los negocios de la empresa, maximizaban a menudo el valor recuperable para todas las partes interesadas. La reestructuración concertada por vía extrajudicial permitía también evitar muchos de los costos, las demoras y los difíciles problemas de distribución que se planteaban en el contexto de los procedimientos de insolvencia plenarios bajo supervisión judicial.

107. Se observó además que las empresas en rápido crecimiento de los países en desarrollo tenían a menudo muchos proveedores de fondos en distintos países. Cuando esas empresas experimentaban problemas financieros, les resultaba difícil concertar una solución extrajudicial beneficiosa con sus acreedores de diversas nacionalidades y culturas comerciales. Los arreglos voluntarios también tropezaban con la posibilidad que tenían los distintos acreedores de demandar medidas de ejecución por la vía judicial y con la necesidad de que los acreedores dieran unánimemente su consentimiento para la alteración de las condiciones de reembolso de las diferentes categorías de deudas. En el contexto de operaciones internacionales complejas, resultaba especialmente difícil obtener el consentimiento de todas las partes interesadas. Estas eran las razones por las que, según se dijo, las medidas no vinculantes encaminadas a facilitar los arreglos voluntarios sólo habían tenido un éxito limitado.

108. Se indicó que, en vista de esas consideraciones, la adopción de un mecanismo internacional que fuera vinculante para los acreedores facilitaría en gran medida los acuerdos extrajudiciales de carácter voluntario. Se expresó la opinión de que la Comisión podría contribuir a elaborar un mecanismo jurídico al que pudiera recurrirse en el contexto de estos arreglos voluntarios. Se propuso que el debate se limitara a las situaciones de insolvencia transfronteriza y de endeudamiento financiero más importantes (por ejemplo, los créditos bancarios y otros préstamos financieros), dejando de lado a acreedores como los proveedores de bienes y servicios y los empleados. La finalidad de tal mecanismo podría ser definir las condiciones en que una solución convenida por mayoría pudiera imponerse a la minoría, así como disponer una paralización de las acciones y ejecuciones por parte del grupo de acreedores afectados, y asegurar el trato equitativo del grupo minoritario.

109. No obstante, se observó que los préstamos financieros se otorgaban a veces a través de bancos en el país del deudor y que, por consiguiente, el mecanismo propuesto debería ser aplicable a los principales supuestos de insolvencia financiera aun en el caso de que los acreedores fueran del mismo país que el deudor.

110. Se comentó que el mayor incentivo para entablar tales negociaciones extrajudiciales era la inminencia, la eficacia y la credibilidad de los

procedimientos de ejecución de créditos y garantías privados y de los procedimientos involuntarios de insolvencia bajo supervisión judicial y el deseo del deudor y de los acreedores de evitar las consecuencias perturbadoras e imperativamente restrictivas de esos procedimientos. Cuando los procedimientos judiciales no eran creíbles o eficaces (por ejemplo, a causa de las demoras judiciales o porque no garantizaban la igualdad de tratamiento de los acreedores), podía ocurrir que el deudor no estuviera dispuesto a entablar negociaciones extrajudiciales. Ni siquiera la perspectiva de obtención de nuevos fondos a raíz de una solución amigablemente negociada podía dar al deudor un incentivo suficiente, dado que la ineficiencia de los procedimientos judiciales permitiría diferir el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor. Además, la experiencia había demostrado que era necesario ejercer cierta presión sobre algunos acreedores para evitar que insistieran en la plena satisfacción de sus créditos.

111. Se expresaron reservas sobre la propuesta de introducir un mecanismo legalmente obligatorio encaminado a promover negociaciones extrajudiciales. Se consideró que el curso amigable de las negociaciones extrajudiciales podía verse perturbado por la formalidad del mecanismo propuesto. Se estimó asimismo que probablemente habría resistencia contra la propuesta, en particular por parte de la banca y que, por consiguiente, antes de cualquier otra iniciativa convenía celebrar consultas con la comunidad bancaria. Además, un mecanismo legal de esa índole tendría que adaptarse a las condiciones de las diversas regiones y, por lo tanto, era difícil concertar soluciones universales. Se sostuvo que, en la medida en que la formalidad resultara conveniente, podría ser útil establecer una institución que propugnara y promoviera negociaciones extrajudiciales, pero esos arreglos institucionales no propiciaban soluciones internacionalmente armonizadas. También se manifestaron inquietudes sobre si un tribunal sería el órgano adecuado para adoptar decisiones sobre cuestiones esencialmente comerciales.

112. No obstante, se expresaron también opiniones en el sentido de que, aun reconociendo las dificultades y los inconvenientes potenciales de un marco legal obligatorio para las negociaciones extrajudiciales, no convenía abandonar la propuesta, ya que un mecanismo bien concebido podría aportar notables beneficios. Se agregó que si en las negociaciones oficiosas la función del tribunal se limitaba a la aprobación de la equidad de los resultados, esa solución podía tener amplia aceptación sin resultar excesivamente molesta.

115. Se consideró que una opción distinta sería que el mecanismo de negociación extrajudicial incluyera un foro no judicial que estaría facultado, en virtud de un acuerdo entre las partes, para determinar si el acuerdo negociado entre el deudor y la mayoría de los acreedores era equitativo y, en caso de considerarse así, para imponerlo a la minoría de los acreedores discrepantes.

116. En respuesta a preguntas formuladas, se indicó que el deudor y los acreedores entrarían en negociaciones extrajudiciales por interés propio o en virtud de sus obligaciones contractuales, y que el mecanismo o marco legal que se preparara no debería imponer, como legalmente obligatoria, la participación del deudor o de los acreedores en las negociaciones.

117. En respuesta a otra pregunta formulada sobre la razón por la que el proceso se limitaba a los acreedores financieros y no incluía a los acreedores que habían suministrado bienes o servicios al deudor, se hicieron declaraciones en las que se indicó que la experiencia demostraba que los acreedores financieros compartían a veces intereses o tenían intereses muy similares y por ello se organizaban más fácilmente que los acreedores comerciales para negociar con el deudor. Además, el objetivo principal de las negociaciones extrajudiciales solía ser la reorganización de la estructura de capital del deudor y la aportación de nuevos fondos, para lo cual podían negociar mejor los proveedores de fondos que los acreedores comerciales. Además, las cláusulas del acuerdo financiero concertado con el deudor permitían a menudo que los acreedores comerciales "sobrevivieran" la crisis del deudor hasta cobrar íntegramente sus créditos o hicieran un menor sacrificio que los proveedores de fondos.

118. Se formularon varias advertencias y reservas sobre la labor propuesta. Concretamente se dijo que existía el peligro de que los acreedores importantes e influyentes utilizaran el mecanismo propuesto para imponer sus criterios sin tener debidamente en cuenta los intereses de los pequeños acreedores o de la minoría discrepante; el proceso propuesto carecía de transparencia, lo cual era fuente de problemas habida cuenta de que el resultado debía ser vinculante para los acreedores discrepantes; el mecanismo previsto sólo sería aplicable cuando las negociaciones no estuvieran reguladas por leyes y normas del país del deudor o por tratados internacionales; era esencial que el mecanismo previsto estuviera sujeto en última instancia a control judicial; el mecanismo, en particular si preveía un foro no judicial como por ejemplo el arbitraje, podía resultar más costoso que el mecanismo con supervisión judicial y las negociaciones podían tener lugar lejos del establecimiento del deudor, por lo cual se impondría al deudor y a algunos acreedores una carga onerosa. En respuesta a estas observaciones, se dijo que la experiencia obtenida con la reestructuración extrajudicial ponía de manifiesto que este tipo de procedimientos eran menos costosos y más eficientes que los procedimientos de reorganización empresarial bajo supervisión judicial.

119. Se consideró que era necesario elaborar criterios y reglas de fondo conforme a los cuales los acreedores minoritarios pudieran quedar vinculados por los acuerdos negociados por la mayoría de los acreedores; además, debería compaginarse la necesidad de mantener la confidencialidad de ciertos tipos de información divulgada durante las negociaciones con la necesidad de transparencia del proceso.

120. Se hicieron declaraciones apoyadas por el Grupo de Trabajo en el sentido de que gran parte de la experiencia adquirida en negociaciones y acuerdos extrajudiciales obraba en poder de organizaciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Grupo de los Treinta, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y la Asociación Internacional de Abogados; también se consideró que la labor de la Comisión debería llevarse a cabo en estrecha cooperación con esas organizaciones y con el sector financiero.

121. Tras las deliberaciones, se comprobó que el Grupo de Trabajo se mostraba en general dispuesto a proponer a la Comisión que incluyera en su

programa los arreglos extrajudiciales entre acreedores financieros y el deudor que previeran también la posibilidad de vincular a los acreedores discrepantes."

8. La Comisión aprobó la propuesta del Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones celebrado en 2000.

IV. Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados

9. En el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia auspiciado por la CNUDMI, la INSOL y la Asociación Internacional de Abogados, que se celebró en Viena en diciembre de 2000, se siguieron examinando los procedimientos extrajudiciales como cuestión que podía ser objeto de examen en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI (junto con otros 13 temas importantes vinculados a los procedimientos de liquidación y reorganización). En los párrafos siguientes se resumen las deliberaciones correspondientes (documento A/CN.9/495, párrs. 27 y 28).

> "27. Los participantes consideraron que sería ventajoso disponer de un sistema que alentara a las partes a evitar largos procedimientos judiciales formales, que ofreciera otras posibles opciones que permitieran y facilitaran la recuperación de capital en una fase inicial, y que resultara más económico que los procedimientos formales. Se observó que si bien ese sistema funcionaba óptimamente cuando ya existía un derecho y una infraestructura que daban certeza sobre los resultados, también era útil cuando el marco institucional no era del todo eficaz. "

10. Se presentó la labor realizada por el Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) sobre la "Declaración de Principios para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores" (más adelante se analizan los principios en detalle). En la formulación de los principios participaron más de 150 instituciones, entre ellas establecimientos bancarios, empresas de seguros, instituciones de inversión, bancos de inversión, profesionales especializados en insolvencia y finanzas y representantes de los gobiernos y de organismos públicos reguladores de numerosos países. La formulación de los principios obedeció al reconocimiento de la utilización cada vez más generalizada de procedimientos de insolvencia de carácter oficioso y de las crecientes dificultades que surgen para llevarlos a feliz término. Los principios tienen por objeto acelerar esos procedimientos y, en consecuencia, aumentar las posibilidades de éxito, proporcionando a los diversos grupos de acreedores un conjunto de reglas comunes convenidas que oriente su forma de proceder. Es posible que coadyuven a acelerar el proceso y a reducir el grado de incertidumbre, el tiempo, los costos, y la tensión y la desconfianza entre los acreedores; al centrarse directamente en preservar el valor económico, contribuirán a preservar el valor de la empresa insolvente.

11. En los principios se subraya que, si bien en el plano internacional se fomenta cada vez más la elaboración de regímenes nacionales de la insolvencia para facilitar la recuperación y rehabilitación de empresas y negocios con problemas financieros, huelga decir que, independientemente de lo beneficiosos que puedan ser para el deudor o de lo orientados a la "recuperación" que puedan estar esos regímenes con

frecuencia hay ventajas importantes tanto para los acreedores como para los deudores, en la pronta ejecución de procedimientos de rehabilitación o soluciones de carácter oficioso o contractual, en comparación con la incertidumbre y los costos imprevisibles de los procedimientos judiciales de insolvencia.

12. No se pretende que los principios sean vinculantes y se subraya que tendrán mayores posibilidades de facilitar soluciones cuando haya un marco jurídico, normativo y de política gubernamental en materia de insolvencia que sea eficaz, previsible y fiable; así pues, actuarían "al amparo de la ley". La existencia de un régimen de la insolvencia bien concebido y la posibilidad de aplicarlo sistemáticamente, proporcionando a los acreedores financieros medios eficaces para recurrir contra los deudores reacios, alienta a los deudores a cooperar con los acreedores con miras a negociar un acuerdo al margen de un proceso formal de insolvencia en un plazo aceptable. Los participantes en el coloquio acogieron con satisfacción la formulación de los principios, cuyo párrafo 28 dice lo siguiente:

> "28. ... Sin embargo, se observó que tal vez éstos no iban suficientemente lejos y que probablemente se requería algo más para garantizar la ejecución de los acuerdos extrajudiciales. Se formuló otra propuesta con el fin de introducir en el régimen de la insolvencia un procedimiento acelerado para ejecutar un plan de solución no totalmente consensual, pero respaldado por la gran mayoría de los acreedores. El plan se diligenciaría por conducto de un tribunal competente en materia de insolvencia a fin de que fuera vinculante para la minoría disidente, siempre y cuando cumpliera ciertos criterios objetivos estipulados en el régimen de la insolvencia. Según la opinión general de los participantes, se requeriría un análisis en profundidad para decidir si esa propuesta debía llevarse adelante en el marco de la futura labor que realizara la Comisión en materia de insolvencia."

La propuesta se consigna con más detalle en los párrafos 22 a 24 *infra*.

V. Declaración de Principios del Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores

13. El Grupo de Prestamistas terminó de elaborar los principios en el año 2000. Éstos van acompañados de un comentario en el que se explican el alcance y aplicación de cada uno de ellos y también se indican las prácticas óptimas y se hacen sugerencias respecto de varias cuestiones que no se tratan concretamente en los principios mismos. Según se señaló en el párrafo 12 *supra*, la idea es que los principios actúan en el contexto de un régimen de la insolvencia eficaz, previsible y fiable. A continuación se enuncian los ocho principios y se añade un resumen del comentario de la Secretaría.

Primer principio

> Cuando un deudor tiene dificultades financieras, todos los acreedores pertinentes deberán estar dispuestos a cooperar entre sí a fin de darle tiempo suficiente, aunque limitado (un "período de moratoria") para poder reunir y

evaluar la información atinente y presentar y evaluar propuestas para solucionar sus dificultades financieras, a menos que esa medida sea inadecuada en un caso determinado.

14. En el comentario se indica que la finalidad de este principio es incluir en el procedimiento de carácter oficioso a todos los acreedores cuya cooperación sea indispensable para el éxito de cualquier intento de rehabilitación o solución, lo que exige, en primer lugar, individualizar las categorías de acreedores que han de incluirse y, en segundo lugar, determinar los acreedores de las categorías afectadas que se incluirán. El establecimiento de una moratoria entraña el reconocimiento de las ventajas que traerá aparejada para los acreedores en su conjunto una respuesta coordinada y mesurada a las dificultades del deudor. Si bien en el principio no se menciona concretamente cuándo ha de comenzar la moratoria, en el comentario se indica que ese es un aspecto problemático y que los acreedores interesados suelen escoger la fecha en que el deudor o uno de los acreedores financieros notifica por primera vez a los acreedores financieros como grupo (o, por lo menos, a algún grupo o categoría importante de ellos) acerca de la convocación de una reunión para permitir que el deudor explique su situación a los acreedores pertinentes. Se señala que si bien la duración de la moratoria variará según el caso y dependerá de la complejidad de la información que ha de reunirse y del tipo de propuesta de reestructuración que se presente, se suele establecer un período inicial de semanas o meses, por lo general con posibilidad de prorrogarlo, si los acreedores pertinentes lo aprueban, o de ponerle término, si un número predeterminado de acreedores así lo decide, al producirse algún acto de incumplimiento o a discreción propia.

Segundo principio

Durante la moratoria todos los acreedores pertinentes deberán convenir en abstenerse de tomar medidas para hacer valer sus derechos (salvo la cesión a un tercero), o para disminuir sus riesgos frente al deudor, si bien tendrán derecho a que su posición frente a otros acreedores o entre sí no se vea menoscabada.

15. En el comentario se destaca la importancia de esa suspensión a fin de lograr estabilidad, condición indispensable para cualquier intento de rehabilitación o solución. Si bien se toma nota de que en algunos países se dispone la suspensión por ley de toda ejecución antes de que se inicien los procedimientos de insolvencia, con frecuencia es ventajoso, tanto para los acreedores como para el deudor, recurrir a un procedimiento de carácter oficioso o contractual para evitar los gastos que entrañan los procedimientos judiciales. Se esbozan las cuestiones que se deberían abordar en el acuerdo de moratoria, entre ellas las disposiciones encaminadas a garantizar que los acreedores pertinentes no vean menoscabada su situación unos frente a otros durante la moratoria. En los acuerdos de moratoria más complejos figuran disposiciones en las que se aborda la difícil cuestión de mantener la posición relativa de los acreedores unos frente a otros.

Tercer principio

Durante el período de moratoria, el deudor deberá abstenerse de realizar cualquier acción que pueda socavar las perspectivas de restitución de los acreedores pertinentes (ya sea colectiva o individualmente), en comparación con la situación en que se encontraban al iniciarse ese período.

16. En el comentario se observa la importancia que reviste el hecho de que el deudor se abstenga de realizar cualquier acción de esa índole, por ejemplo, el otorgamiento de garantías a acreedores no participantes en forma de cargas, hipotecas, prendas, avales o cauciones; el traspaso de activos o valores de empresas con las que los acreedores participantes se puedan resarcir y la venta de activos a terceros por un valor inferior, o a acreedores que, como ya se les adeuda dinero, no pagarán por ellos.

Cuarto principio

> La mejor manera de atender a los intereses de los acreedores pertinentes es coordinar su forma de responder ante un deudor con problemas financieros. La coordinación será más fácil si se forman uno o más comités representativos de coordinación y se designan especialistas que asesoren y ayuden a esos comités y, cuando proceda, a los acreedores pertinentes que participen en la totalidad del proceso.

17. En el comentario se esbozan las ventajas de utilizar comités de coordinación y varias cuestiones que habría que abordar cuando se los utilice, entre ellas, la manera en que podrían formarse y funcionar esos comités y las facultades de los coordinadores, la remuneración que recibirían, sus obligaciones frente a los acreedores y la forma en que se elegirían.

Quinto principio

> Durante el período de moratoria, el deudor deberá proporcionar a los acreedores pertinentes y a sus asesores profesionales acceso razonable y oportuno a toda información acerca de su activo y pasivo, negocios y perspectivas comerciales, a fin de facilitar la evaluación de su situación financiera y la presentación de propuestas a los acreedores pertinentes.

18. En el comentario se subraya la importancia que reviste ese principio para que prospere la propuesta de rehabilitación, solución o reestructuración. Se señala que la información debe ser obtenida por asesores independientes que actúen en nombre de los acreedores pertinentes o, por lo menos, se debe prestar para el proceso de debida diligencia, y el deudor, por su parte, debe aceptar que los asesores examinen la exactitud de las cuentas, las proyecciones, las previsiones y los planes de negocios relacionados con toda propuesta de rehabilitación o reconstrucción. Será necesario también que calculen las consecuencias que acarrearía la negativa de los acreedores pertinentes a aceptar las propuestas que se les presenten.

Sexto principio

> Las propuestas para resolver las dificultades financieras del deudor y, en la medida en que sea factible, los acuerdos entre los acreedores pertinentes respecto del período de moratoria deberá reflejar la ley aplicable y las posiciones relativas de los acreedores pertinentes al comienzo del período de moratoria.

19. Una vez que los acreedores pertinentes hayan evaluado la situación del deudor y consideren que se les trata equitativamente en relación con otros acreedores, querrán cotejar las propuestas que se les hacen con lo que podrían obtener en un

procedimiento judicial de insolvencia o con otras opciones que se les presentaran. Al hacer esas evaluaciones, es bastante corriente que los contadores y otros asesores financieros que actúan en nombre de los acreedores pertinentes se basen en modelos de insolvencia elaborados con respecto al deudor que funcionan según determinados supuestos contables y jurídicos explícitos y se basan en información que se obtiene mediante el proceso de debida diligencia (quinto principio). Los modelos han de tener en cuenta todos los créditos y derechos pertinentes que se considerarían en cualquier procedimiento de insolvencia del deudor y las leyes de insolvencia respectivas. Los resultados que se obtengan de esos modelos pueden utilizarse para determinar los derechos que los acreedores pertinentes pueden hacer valer contra el deudor, calcular lo que recibirán los acreedores en consecuencia y determinar la proporción del monto adeudado a los acreedores pertinentes que podría saldarse con el activo.

Séptimo principio

> La información que se obtenga para el proceso en relación con el activo, el pasivo y los negocios del deudor y toda propuesta encaminada a resolver sus dificultades financieras deberán ponerse a disposición de todos los acreedores pertinentes y considerarse confidenciales, salvo que ya sean de dominio público.

20. En el comentario sobre este principio se observa que es indispensable que todos los acreedores pertinentes reciban la misma información acerca del activo, el pasivo y los negocios del deudor durante el proceso oficioso de insolvencia y conozcan las propuestas que presente el deudor, aun cuando se presenten diferentes propuestas a distintos grupos dentro del conjunto de acreedores pertinentes y las diferencias de situación entre éstos exijan asesoramiento profesional por separado para los distintos grupos. Se indica que la retención de información confidencial por parte de algunos grupos de acreedores, por ejemplo los bancos, en general no es problemática. No obstante, puede ser necesario concertar arreglos especiales en el caso de otros grupos, como los titulares de deudas que no están obligados ni implícita ni explícitamente a mantener el carácter confidencial, o no pueden aceptar información confidencial sin perjuicio de su capacidad para negociar deudas. Se observa que las instituciones financieras se inclinan cada vez más por la negociación de deudas como mecanismo de gestión de los riesgos bancarios o de realización de valores en relación con los préstamos que conceden y se subrayan algunas de las cuestiones delicadas que podrían surgir con respecto a la protección de la información confidencial.

Octavo principio

> Si se conceden más fondos durante el período de moratoria o en virtud de propuestas de rehabilitación o reestructuración, se debería dar prioridad, en la medida de lo posible, al reembolso de esos fondos complementarios frente a otras formas de endeudamiento o derechos de los acreedores pertinentes.

21. En el comentario se abordan los medios de obtener más fondos y se observa que eso podría entrañar no sólo servicios complementarios de crédito, sino también otros mecanismos que suponen el aumento de los niveles de riesgo. El trato que se dé a estos mecanismos será objeto de negociación entre los acreedores pertinentes.

Se sugiere que se ofrezca la oportunidad de participar en la concesión de fondos complementarios a todos los acreedores pertinentes que intervengan en el procedimiento, los que deberían aceptar proporcionalmente los riesgos correspondientes.

VI. Propuesta para la reestructuración de empresas mediante procedimientos de insolvencia bajo supervisión judicial

22. Varios integrantes de la delegación de los Estados Unidos de América ante el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia han elaborado una propuesta de marco jurídico en el que se dispondrían procedimientos acelerados de insolvencia para la reestructuración voluntaria de las deudas de capital (deudas y obligaciones frente a proveedores de fondos institucionales) de empresas internacionales insolventes, sobre la base de la aprobación de la reestructuración por una mayoría obligatoria de los principales acreedores de cada categoría afectada, y el examen judicial de la idoneidad de la reestructuración a la luz de criterios internacionales de reestructuración apropiados.

23. Las principales características del marco propuesto son: la posibilidad de declarar una moratoria breve para permitir que concluyan las negociaciones de reestructuración voluntaria; la solicitud de aprobación de la reestructuración por los acreedores antes de iniciar el procedimiento judicial; la aprobación obligatoria del 75% del número y valor de las reclamaciones de los acreedores de las categorías afectadas; procedimientos acelerados de insolvencia para la aprobación de la reestructuración por un tribunal competente en materia de insolvencia a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes, y criterios jurídicos mínimos de aprobación judicial de la reestructuración.

24. La propuesta se transcribe a continuación.

"a) Deudores que podrían recurrir a la ley modelo

1. Podrían recurrir a los procedimientos previstos en la ley modelo las empresas insolventes o en situación de incumplimiento que tuvieran deudas sustanciales con personas extranjeras. Se establecerían los criterios relativos a las dimensiones, los criterios para probar la situación de insolvencia o incumplimiento y los criterios para determinar si una parte suficiente de la deuda está en manos de extranjeros. Cabría excluir de la aplicación de la ley modelo a ciertos tipos de deudores regulados (por ejemplo, instituciones financieras y compañías de seguros).

b) Partes afectadas

2. Conforme a la ley modelo, la reestructuración tendría que ser aprobada por el voto afirmativo de la mayoría de los principales acreedores de cada una de las categorías afectadas. Sin embargo, con esa votación sólo podrían ajustarse las deudas de capital prestado (institucionales y públicas, garantizadas o no garantizadas) y otras obligaciones financieras similares. Las deudas reclamadas por otros acreedores no se verían afectadas, a menos que cada uno de esos acreedores accediera a ajustar sus reclamaciones. Las deudas reclamadas por acreedores comerciales, empleados y autoridades fiscales no se

verían afectadas por la propuesta. No obstante, los accionistas comunes y otros titulares de valores podrían verse afectados.

c) Suspensión

3. En muchos casos puede lograrse una reestructuración, incluso tras la mora, si los acreedores acuerdan voluntariamente diferir las demandas de cobro. Sin embargo, para facilitar los esfuerzos de reestructuración, se podría prever en la ley modelo una suspensión legal debidamente limitada de toda acción, a fin de evitar que las demandas de los acreedores hicieran fracasar la gestión de la reestructuración. En relación con una propuesta de reestructuración hecha de buena fe, la empresa interesada podría declarar una breve suspensión de las actividades de cobro de las categorías de acreedores afectadas, es decir, los proveedores de fondos, los titulares de obligaciones y los accionistas, pero no de los abastecedores ni de los empleados. La declaración se notificaría públicamente, por ejemplo, presentándola ante el tribunal apropiado, publicándola o por otro medio que corresponda, y se especificaría si todos los acreedores y accionistas, o únicamente algunos de ellos en particular, quedan sujetos a la suspensión.

4. El período inicial de aplicación de la suspensión sería relativamente breve (por ejemplo, de 15 días), pero podría prorrogarse con el consentimiento de los principales acreedores de las categorías afectadas (por ejemplo, otros 30 a 60 días con la aprobación por escrito de la mayoría de los principales acreedores de cada una de las categorías afectadas de acreedores no garantizados). Además, podría preverse la anulación de la suspensión si el deudor tratara de efectuar transacciones (por ejemplo, liquidar su negocio o realizar transferencias considerables de activos) al margen del curso normal de sus negocios o dar trato preferencial a un subgrupo de acreedores al margen de una reestructuración aprobada.

d) Aceptación de la propuesta negociada de reestructuración

5. Tras la propuesta de reestructuración y de negociaciones oficiosas con representantes de los acreedores y accionistas afectados, la empresa solicitaría a los acreedores y titulares de capital social afectados la aceptación de la propuesta de reestructuración negociada, de conformidad con la ley aplicable.

e) Tipo de voto

6. Para la votación habría que clasificar de forma apropiada las reclamaciones y derechos, y la reestructuración tendría que ser aprobada por el voto afirmativo de las mayorías obligatorias que se fijen en función del valor y el número de reclamaciones en cada categoría. En virtud de la ley modelo, se requeriría una mayoría absoluta de los principales acreedores de cada una de las categorías afectadas (por ejemplo, el 75% del número de los votantes de cada clase y del valor que representen) para la aprobación de una reestructuración.

f) Decisión judicial sobre la idoneidad de la reestructuración según criterios internacionales

7. Dado que, en virtud de la ley modelo, la minoría disidente de acreedores de cada clase quedaría vinculada por la reestructuración, debería requerirse

que un tribunal determinara, con arreglo a criterios internacionales apropiados en la materia, si la reestructuración sería conveniente para la minoría disidente de acreedores. La aplicabilidad de la reestructuración podría estar supeditada a la decisión judicial de idoneidad. La empresa deudora podría contratar los servicios de un experto independiente para facilitar la revisión judicial. En la ley modelo se podrían establecer los criterios de selección del experto independiente, cuyos honorarios correrían por cuenta de la empresa deudora. Su función sería examinar la propuesta de reestructuración, establecer si se satisfacen o no los criterios internacionales en la materia y presentar un informe que contenga los resultados de su investigación. Posteriormente se sometería la propuesta, acompañada del informe del experto, a la aprobación de un tribunal local competente.

g) Notificación y criterios de aprobación

8. Se debería notificar a las partes afectadas la conclusión de los procedimientos de solicitud y la presentación de la reestructuración a fin de someterla a examen por un experto independiente y a la aprobación final de un tribunal. También se deberían prever procedimientos acelerados para presentar al experto independiente argumentos a favor y en contra de la propuesta de reestructuración. Se elevarían ejemplares de esos documentos al tribunal y probablemente habría que establecer un plazo de presentación (por ejemplo, 20 días tras la publicación del aviso) y tal vez, incluso, para un informe de habilitación (por ejemplo, 30 días después de que se hubieran terminado de presentar los argumentos).

9. Tras la presentación del informe del experto independiente, se iniciarían los procedimientos en un tribunal local competente (el tribunal) para obtener la aprobación de la propuesta de reestructuración. A fin de aprobar una reestructuración pese al voto de los acreedores disidentes de cada clase afectada, el tribunal tendría que establecer determinadas cuestiones de hecho y de derecho para determinar la idoneidad de la propuesta a la luz de criterios internacionales sólidos de reestructuración. Al emitir su fallo, el tribunal tendría que dar considerable importancia al informe del experto independiente. Con arreglo a esos criterios internacionales de reestructuración, el tribunal podría llegar a la conclusión, por ejemplo, de que:

i) la empresa reúne las condiciones para reestructurarla conforme a la ley modelo;

ii) la reestructuración se propuso, negoció y solicitó de buena fe;

iii) se informó debidamente a cada clase afectada de acreedores;

iv) se clasificaron debidamente los acreedores y accionistas, y los acreedores de cada clase afectada se pronunciaron a favor de la reestructuración conforme a las mayorías requeridas;

v) las deudas que tienen la misma situación y prelación reciben en la reestructuración un trato comparable (salvo que se haya convenido en contrario expresamente);

vi) cada acreedor disidente recibirá en la reestructuración bienes por un valor por lo menos equivalente a lo que recibiría si la empresa fuera

liquidada en procedimientos judiciales de insolvencia con arreglo al derecho interno;

vii) una vez realizada la reestructuración, es probable que la empresa pueda cumplir sus obligaciones en el debido plazo; y

viii) en caso de que alguna clase de accionistas afectados se niegue a aceptar el plan, la deuda global de la empresa es superior al valor (sin deuda) de la empresa como negocio en marcha (es decir, la empresa es insolvente).

h) Declaración de aplicabilidad

10. Cuando el tribunal haya aprobado la propuesta de reestructuración y se hayan cumplido todas las condiciones que determinen su aplicabilidad, se notificaría a todos los acreedores afectados de conformidad con los procedimientos establecidos y el tribunal emitiría una "declaración de aplicabilidad¨ (que tendría el mismo efecto que un decreto judicial vinculante) por la que se haría constar que la reestructuración es aplicable en virtud de la ley modelo.

i) Extinción y fuerza obligatoria

11. La declaración de aplicabilidad dejaría sin efecto las deudas que quedaran extinguidas en virtud de la reestructuración, y los tribunales del país estarían obligados a dar aplicación a la reestructuración conforme a sus disposiciones.

j) Alternativas a la aprobación judicial

12. Si bien los sistemas judiciales de algunos Estados se pueden permitir el tipo de examen económico y agilizado de las propuestas de reestructuración que requiere la ley modelo, puede haber Estados en los que convenga evitar procedimientos judiciales más engorrosos con objeto de fortalecer las posibilidades de lograr una rehabilitación acertada, preservar el valor, prevenir la pérdida de empleo y producción y atenuar el impacto de las quiebras empresariales en el sistema. Se podrían estudiar opciones basadas en las prácticas y estructuras establecidas que validen las reestructuraciones realizadas mediante métodos extrajudiciales, ya que los procedimientos de aprobación que fomentan reestructuraciones extrajudiciales de carácter voluntario ágiles y equitativas son esenciales para mejorar los factores de riesgo del país y reducir los riesgos financieros del sistema, así como para facilitar la inversión y la reestructuración del capital invertido cuando sea necesario.

k) Consecuencias para el derecho interno

13. Habría que modificar las leyes internas que requirieran unanimidad para ajustar deudas al margen de los procedimientos de insolvencia, a fin de que pudieran realizarse los ajustes de la deuda en las reestructuraciones que se aprobaran de conformidad con la ley modelo. De forma análoga, si en virtud de alguna ley los directores o ejecutivos de una empresa pueden incurrir en responsabilidad por seguir realizando operaciones comerciales tras haberse declarado la insolvencia, también puede ser conveniente prever algún tipo de solución provisional, con las debidas notificaciones, de modo que se pueda

seguir mientras continúan los esfuerzos realizados de buena fe por llevar adelante el proceso de reestructuración con arreglo a la ley modelo.

l) Reconocimiento internacional

14. A fin de lograr una mayor seguridad de que las reestructuraciones efectuadas en virtud de la ley modelo de un país sean respetadas por los tribunales nacionales y extranjeros, podría alentarse a las partes comerciales a que adoptaran la práctica de incorporar expresamente la aplicabilidad de la ley modelo a las obligaciones de pago de las empresas. La ley modelo podría disponer también que el derecho a reestructurar la deuda en caso de insolvencia en virtud de la ley modelo es condición implícita de toda obligación que contraiga un deudor local, a menos que se excluya expresamente.

15. En la medida en que se planteen cuestiones sobre el carácter vinculante o la fuerza obligatoria de las reestructuraciones efectuadas en virtud de la ley modelo en tribunales de otras jurisdicciones, esas cuestiones deben abordarse respetando los conceptos de coordinación y cooperación enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza. Para ello, puede ser conveniente prever en la ley modelo un procedimiento en virtud del cual el deudor reestructurado con arreglo a esa ley pueda obtener el nombramiento de un representante que sea reconocido como representante extranjero en otros países a efectos de reclamar la aplicación de las disposiciones de la reestructuración.

16. Por último, la ley modelo podría contener también disposiciones por las que se reconocieran en tribunales nacionales las reestructuraciones de deudores extranjeros realizadas con arreglo a la ley modelo en la forma que haya sido incorporada a la legislación de otros países.

VII. Banco Mundial

25. En el informe reciente del Banco Mundial titulado “Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems” (Principios y directrices de reglamentación de la insolvencia y los derechos de los acreedores), los procedimientos extrajudiciales de carácter oficioso se examinan en los principios 25 y 26, en los que se dispone:

> **Principio 25: Marco legislativo propicio**. *Las reorganizaciones y reestructuraciones de las empresas deben llevarse a cabo en un entorno propicio para que las partes convengan soluciones encaminadas a restablecer la viabilidad financiera de una empresa. Por entorno propicio se entiende leyes y procedimientos que exijan la divulgación de información financiera precisa, fidedigna y oportuna sobre la empresa en crisis, o que garanticen el acceso a ésta; que fomenten la concesión de préstamos a las empresas en crisis financieramente viables, la inversión en éstas o su recapitalización; que apoyen una amplia variedad de planes de reorganización, como la amortización de préstamos fallidos y el reescalonamiento, la reestructuración y la capitalización de la deuda; y que ofrezcan regímenes fiscales neutrales o favorables a la reorganización.*

Principio 26: Procedimientos de reestructuración de carácter oficioso. *El sector financiero de un país (posiblemente con la ayuda y el aval oficiosos del Banco Central o del Ministerio de Finanzas) debería propiciar la elaboración de un código de conducta sobre un procedimiento extrajudicial de carácter oficioso para abordar los casos de empresas con crisis financieras en las que los bancos y demás instituciones financieras tienen un alto grado de concentración crediticia, en particular en los mercados en que la insolvencia de las empresas ha alcanzado proporciones sistémicas. Es mucho más probable que un procedimiento oficioso siga adelante cuando el acreedor dispone de recursos judiciales adecuados y hay leyes de insolvencia. El procedimiento oficioso puede desembocar en una rehabilitación judicial, lo que debería dar lugar al diligenciamiento rápido de un plan general elaborado en el procedimiento oficioso. El procedimiento judicial puede ser más eficaz si permite a los acreedores y deudores utilizar técnicas de carácter oficioso.*

26. Muchas de las cuestiones examinadas en el presente informe se plantean al analizarse esos dos principios en el informe del Banco Mundial. Por ejemplo, respecto del principio 26, este último se refiere a la elaboración de los Principios de la INSOL y a las circunstancias que han dictado el empleo cada vez más frecuente de procedimientos extrajudiciales de carácter oficioso. A las premisas iniciales bien definidas que son condiciones esenciales para un procedimiento oficioso eficaz según el informe del Banco Asiático de Desarrollo (véase el párrafo 6 *supra*), los principios del Banco Mundial añaden una nueva condición indispensable: que el deudor no exija la reducción de sus deudas comerciales ni los beneficios derivados de un procedimiento judicial de insolvencia, como la suspensión automática o la capacidad de rechazar contratos onerosos, ni regímenes fiscales neutrales o favorables para que se lleve a cabo la reestructuración, tanto en la jurisdicción del deudor como en las de los acreedores extranjeros. En los dos principios se subraya la importancia primordial de la presencia de la sanción, es decir, la posibilidad de recurrir a procedimientos judiciales si los procedimientos oficiosos fracasan.

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 25º período de sesiones (Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001) (A/CN.9/507) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-13	459
II.	Deliberaciones y decisiones	14-15	461
III.	Examen del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	16-251	461
A.	Observaciones generales	16	461
B.	Primera parte. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente	17	462
C.	Segunda parte. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia	18-24	462
1.	Introducción a los procedimientos de insolvencia	18-24	462
2.	Solicitud de un procedimiento de insolvencia y apertura de ese procedimiento	25-37	464
A.	Alcance del régimen de la insolvencia	25-31	464
B.	Criterios para la solicitud de un procedimiento de insolvencia y la apertura de ese procedimiento	32-37	465
3.	Consecuencias de la apertura del procedimiento de insolvencia	38-92	467
A.	La masa de la insolvencia	38-43	467
B.	Protección de la masa de la insolvencia	44-57	468
C.	Régimen aplicable a los contratos	58-74	471
D.	Acciones de impugnación	75-92	475
4.	Administración del procedimiento	93-204	479
A.	Derechos y obligaciones del deudor	93-116	479
B.	Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia	117-131	483
C.	Financiación posterior a la apertura del procedimiento	132-141	487
D.	Comités de acreedores	142-160	490
E.	Presentación de créditos por los acreedores y su tratamiento	161-204	494
5.	Liquidación y distribución	205-208	501
A.	Prioridades en la distribución	205-207	501

		Párrafos	*Página*
	B. Exoneración	208	502
6.	Planes de reorganización	209-243	503
7.	Examen de otras cuestiones	244-251	508
	A. Reorganizaciones extrajudiciales y reorganizaciones judiciales agilizadas	244-246	508
	B. Alcance del régimen de la insolvencia	247-248	511
	C. Solicitud y declaración de apertura de un procedimiento	249-251	512

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (1999), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tuvo a su disposición una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia. En esa propuesta se había recomendado que, habida cuenta de su composición universal, su fructífera labor anterior respecto de la insolvencia transfronteriza y sus relaciones de trabajo establecidas con las organizaciones internacionales que tienen conocimientos especializados e interés en el régimen de la insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para examinar las cuestiones relativas al régimen de la insolvencia. En la propuesta se instó a que la Comisión examinara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de leyes modelo sobre la insolvencia de las empresas, a fin de fomentar y alentar la aprobación de regímenes nacionales eficaces al respecto.

2. En la Comisión se reconoció la importancia para todos los países de los regímenes de insolvencia sólidos. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia que adoptara un país pasaba a ser un factor “de primera línea” en la calificación crediticia internacional. Sin embargo, se expresó inquietud respecto de las dificultades relacionadas con la labor en el plano internacional respecto de la legislación sobre la insolvencia, que entrañaba opciones sociopolíticas delicadas y quizá divergentes. Habida cuenta de estas dificultades, se expresó el temor de que no se pudiera concluir satisfactoriamente la labor. Se señaló que, con toda probabilidad, no resultaba viable una ley modelo de aceptación universal y que en toda labor había que adoptar un enfoque flexible que permitiera opciones y brindara a los Estados la posibilidad de elección y de adoptar decisiones políticas. Si bien se expresó ante la Comisión apoyo para dicha flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar una decisión definitiva sobre si comprometerse a establecer un grupo de trabajo para elaborar legislación modelo u otro texto sin un estudio más a fondo de la labor que ya realizan otras organizaciones ni un examen de las cuestiones pertinentes.

3. Para facilitar este estudio la Comisión decidió convocar un período de sesiones exploratorio de un grupo de trabajo encargado de preparar una propuesta de viabilidad para someterla a su examen en su 33º período de sesiones.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había formulado el Grupo de Trabajo en el informe sobre el período de sesiones exploratorio (A/CN.9/469, párr. 140), celebrado en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999 y asignó al Grupo de Trabajo el mandato de preparar una descripción general de los objetivos fundamentales y los rasgos esenciales de un régimen firme en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, incluido el examen de las diversas soluciones posibles para la reestructuración extrajudicial, y de una guía legislativa que contuviera enfoques flexibles para el cumplimiento de estos objetivos y la determinación de estos rasgos, incluido un examen de las opciones posibles y de los beneficios y desventajas previstos de estos enfoques.

5. Se convino en que, para realizar su labor, el Grupo de Trabajo debía tener en cuenta la labor en curso o ya terminada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo,

INSOL International (la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia) y la Comisión J de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados. A fin de recabar las opiniones y aprovechar la pericia de estas organizaciones, la Secretaría, en colaboración con INSOL International y la Asociación Internacional de Abogados, organizó el Coloquio mundial sobre la insolvencia de la CNUDMI, INSOL International y la Asociación Internacional de Abogados, celebrado en Viena del 4 al 6 de diciembre de 2000.

6. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tomó nota con satisfacción del informe del Coloquio (A/CN.9/495) y encomió la labor realizada hasta ahora, en particular el empeño por coordinarse con el trabajo efectuado por otras organizaciones internacionales en la esfera del régimen de la insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, en particular con respecto a la forma que podría adoptar la labor futura y la interpretación del mandato asignado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato se debía interpretar de manera amplia a fin de asegurar resultados debidamente flexibles, que adoptaran la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que ésta fuera demasiado general o abstracta y no diera la orientación adecuada, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de ser lo más concreto posible al desarrollar su trabajo. Con este fin, se debían incluir en la medida de lo posible disposiciones legislativas modelo, aunque regular únicamente algunas de las cuestiones que se debían incluir en la guía.

7. En el 24º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, que se celebró en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, se inició el examen de esta labor con el primer proyecto de la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. El informe de dicha reunión figura en el documento A/CN.9/504.

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 25º período de sesiones en Viena del 3 al 14 de diciembre de 2001. Asistieron a este período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

9. A este período de sesiones asistieron observadores de los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Australia, Belarús, Bulgaria, Croacia, Cuba, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Iraq, Líbano, Nigeria, Perú, Polonia, Portugal, República de Corea, Sri Lanka, Suiza, Turquía y Yemen.

10. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: American Bar Association, American Bar Foundation, Banco Asiático de Desarrollo, Center of Legal Competence, Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, Banco Central Europeo, Groupe de reflexion sur l'insolvabilité et sa prévention, Asociación Internacional de Abogados, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International), International Insolvency Institute, y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. El Fondo Monetario Internacional también asistió en calidad de observador.

11. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. Wisit WISITSORA-AT (Tailandia)

Relator: Sr. Jorge PINZÓN SÁNCHEZ (Colombia)

12. Obraron en poder del Grupo de Trabajo los siguientes documentos: dos informes del Secretario General (Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, A/CN.9/WG.V/WP.57 y 58), y una nota en la que figuran observaciones de la Commercial Finance Association sobre los procedimientos oficiosos de insolvencia alternativos (A/CN.9/WG.V/WP.59).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

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

II. Deliberaciones y decisiones

14. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia continuó su labor relativa a la elaboración de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, en virtud de las decisiones adoptadas por la Comisión en sus períodos de sesiones 33º (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000)[1] y 34º (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2002)[2] y por el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones. Las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo relativas a esa guía legislativa se reflejan en el capítulo III más adelante.

15. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de guía basada en esas deliberaciones y decisiones, a fin de presentarla al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 26º período de sesiones (Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2002) para volver a examinarla y continuar las deliberaciones.

III. Examen del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

A. Observaciones generales

16. El Grupo de Trabajo inició el análisis del proyecto de guía legislativa examinando de forma general la primera parte y la introducción hasta la segunda parte (A/CN.9/WG.V/WP.57). En relación con la primera parte se opinó en general

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 400 a 409.

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corr.2 y 3), párrs. 296 a 308.

que había que ampliar la definición del término "tribunal" que se enunciaba en el párrafo 14. Se dijo que era fundamental incluir una sección distinta que tratara del marco institucional que se necesitaba para aplicar de forma eficiente y eficaz un régimen de la insolvencia; independientemente de cuán adecuado fuera un régimen de la insolvencia, si se aplicaba poco o se aplicaba mal, nunca sería efectivo ni eficaz. Se observó que la inclusión de una sección sobre el marco institucional exigiría abordar cuestiones delicadas referidas a la judicatura y, tal vez, a la reforma del sistema judicial.

B. Primera parte. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

17. Con respecto a los objetivos fundamentales se dijo que éstos podían servir de patrón para evaluar las recomendaciones que se incluirían en la segunda parte y explicar a los lectores del proyecto de guía cómo se habían adoptado las decisiones de política en que se basaban las distintas recomendaciones. No obstante, suscitó preocupación el hecho de que la contradicción manifiesta entre los distintos objetivos, en la forma en que estaban actualmente redactados, impediría su utilización como elementos de referencia. Por ejemplo, se dijo que el primer objetivo, que era ante todo maximizar el valor de los bienes, podía estar reñido con el segundo objetivo, en el que se procuraba hallar el punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización; el segundo objetivo era más que nada un medio de concretar el primero y no un objetivo más de un régimen de la insolvencia. A fin de solucionar esas contradicciones, se propuso que se ordenaran jerárquicamente los objetivos y que se examinaran formas de equilibrarlos.

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

1. Introducción a los procedimientos de insolvencia

18. En relación con los procesos descritos en la introducción de la segunda parte del proyecto de guía (A/CN.9/WG.V/WP.57), se suscribió en general la idea de que ésta tratara de los procesos informales (o extrajudiciales) y los denominados "híbridos" (aunque se expresaron reservas acerca de si éste era el término adecuado para referirse a vías que se iniciaban como procesos extrajudiciales y que en determinado momento pasaban a ser judiciales). Independientemente de cómo se denominaran, se señaló que esos últimos procesos se iniciaban mediante mecanismos totalmente informales y que, si bien tal vez no se llegara al grado de acuerdo necesario para que el plan propuesto prosperara, podía lograrse, con todo, un nivel considerable de apoyo de los acreedores. A esta altura del proceso, por lo general convenía aprovechar lo que se había logrado mediante la negociación informal y utilizarlo por la vía judicial a fin de redactar un plan vinculante. Se sugirió que el régimen de la insolvencia previera un mecanismo de salvaguardia para cuando el proceso extrajudicial pasara a ser judicial. Se observó que esos procesos habían ido concibiéndose especialmente para resolver problemas relacionados con la estructura de capital, y no con las deudas comerciales (por considerarse que éstas podían resolverse en el marco de la relación comercial), y

que por ende servían en un número limitado de situaciones, aunque no se limitaban a las deudas de carácter internacional. Se dijo que, cuando un caso determinado de insolvencia entrañara cuantías importantes de deuda no garantizada, no convenía recurrir a este tipo de procesos, puesto que la deuda no garantizada podía ser demasiado importante para un grupo limitado de acreedores garantizados.

19. Se dijo que el momento en que había que darle carácter judicial formal al proceso informal dependía de las circunstancias de cada caso en particular. Por ejemplo, podía ser necesario formalizar el proceso al principio si se exigía declarar una moratoria, si se necesitaba nuevo capital o si había que proteger a la dirección de la empresa de posibles obligaciones derivadas de actividades comerciales indebidas. Por el contrario, si convenía recurrir a un proceso judicial para doblegar a los acreedores que se resistían a aceptar el plan propuesto, la formalización podría tener que producirse más adelante. Se respondió a ese argumento que, si el proceso se formalizaba al principio, el problema de resistencia de los acreedores tal vez no se planteara siquiera.

20. Se señaló que cada vez había más partidarios de recurrir a los procesos extrajudiciales informales, aunque se volvían más complejos y difíciles de llevar a buen término por la creciente diversidad de los grupos de prestamistas. Se observó que, como no solían tener lugar bajo el amparo de la ley y carecían de fuerza vinculante, no entraban en el ámbito legislativo de un régimen de la insolvencia. Se argumentó como respuesta que, con todo, esos procesos eran importantes por haber sido creados para resolver ciertos tipos de situaciones en que se hallaban los deudores y para sortear determinadas desventajas (inflexibilidad, lentitud y costo) de los procedimientos judiciales formales de insolvencia. Además, como los procesos extrajudiciales informales formaban parte del denominado proceso “híbrido”, toda información detallada sobre ellos serviría de introducción a los procesos “híbridos”, que constaban de elementos formales e informales, y podría ayudar a determinar la forma de integrar los procesos informales en los procedimientos formales. En otro orden de ideas, se señaló que el proyecto de guía no trataba de los aspectos internacionales del proceso informal.

21. Se dijo que se justificaba tratar a fondo los dos tipos de procesos, tal vez en dos capítulos distintos del proyecto de guía. Se sugirió que tal vez sería útil examinar en esos capítulos los tipos de deudores y de deudas a los que serían aplicables esos procesos, cómo se iniciarían los procesos, cómo se supervisarían, qué tipo de medidas sería necesario otorgar y cómo podría concluirse el proceso, particularmente en lo relativo a los procedimientos de votación y al tratamiento de los acreedores minoritarios que se opusieran al plan propuesto (por ejemplo, su derecho a ser escuchados, la validez del trato preferente de ciertos acreedores y cuestiones de fraude). Se sugirió que en el proyecto de guía se aclarasen las diversas opciones que tendría el deudor entre procesos informales de negociación y procedimientos judiciales formales.

22. Otra opinión fue que podía incluirse el procedimiento judicial “híbrido” o expedito en las partes del proyecto de guía que versaban sobre la reorganización formal; figuraría como otra opción, basada en las mismas normas y exigencias de aprobación que un plan de reorganización trazado con carácter formal. Se señaló que esta opción podría agilizar los trámites y fomentar las negociaciones informales. Se señaló que distintas organizaciones estaban investigando la forma de elaborar ese

tipo de procesos y que el Grupo de Trabajo podría aprovechar los resultados de esa labor.

23. Con respecto a los procesos administrativos, se subrayó que, habida cuenta de que se habían elaborado para subsanar crisis financieras sistémicas y de que no formaban parte de los regímenes corrientes de insolvencia, no deberían regularse más minuciosamente que en el párrafo 45 ni concedérseles mayor importancia que en dicho párrafo. Se sugirió incorporar al proyecto de guía una nota a efectos de advertir que no se propugnaban esos procesos administrativos para dirimir todo tipo de controversias. Se observó al respecto que estos procesos planteaban con frecuencia problemas de transparencia, en particular cuando se trataba de la compra de préstamos incobrables, y exigían la formulación de normas generales que regularan adecuadamente su funcionamiento.

24. Con respecto a la relación entre los procedimientos de liquidación y de reorganización, se sugirió que el proyecto de guía fijara los límites necesarios para evitar que se abusara del procedimiento, por ejemplo, que un deudor o acreedor entablara procedimientos sucesivos o, cuando el umbral de liquidación fuera demasiado bajo, que un acreedor entablara un procedimiento contra un deudor con el fin de hacerse con el control de la empresa deudora o de sus bienes. Se sugirió también que en el párrafo 54 se trataran situaciones como la de si una empresa en liquidación podía venderse como negocio en marcha o la de una reorganización que entrañara la venta de los bienes del deudor o la transferencia de la empresa a otra entidad.

2. Solicitud de un procedimiento de insolvencia y apertura de ese procedimiento

A. Alcance del régimen de la insolvencia[a]

25. El Grupo de Trabajo intercambió opiniones acerca de a qué deudores se aplicaría el régimen de la insolvencia.

26. Se sugirió que el proyecto de guía se ocupara de la insolvencia de las organizaciones de beneficencia y entidades similares. Se respondió a esta sugerencia que la inclusión propuesta no correspondería al mandato del Grupo de Trabajo, que se limitaba a entidades que desarrollaban actividades mercantiles. Se convino, por lo tanto, en que el proyecto de guía se centrara en la insolvencia comercial únicamente, sin perjuicio de que se mencionara que el derecho interno podía hacer extensivo el régimen de la insolvencia a deudores que no fueran entidades mercantiles.

27. Se expresaron distintas opiniones con respecto a si el régimen de la insolvencia sería o no aplicable a las personas físicas. Se dijo que, en principio, el proyecto de guía no debía distinguir entre los deudores que fueran personas físicas y los que fueran sociedades mercantiles, con tal de que los países pudieran introducir disposiciones que se aplicaran específica y únicamente a los deudores que fueran personas físicas. El proyecto de guía debía centrarse en la gestión del comercio y de los negocios, independientemente de la estructura de la entidad que gestionara

[a] Documento de referencia: A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 1 a 9, y síntesis y recomendaciones conexas.

dichas actividades. Se propuso que se fijara un umbral de deuda para las pequeñas empresas a fin de evitar que proliferasen las solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia de poca monta.

28. Otra opinión fue la de que el régimen de la insolvencia tuviera únicamente en cuenta a los deudores que fueran sociedades mercantiles, dada la poca importancia que revestía para la economía en general la insolvencia de una persona física o de empresas personales. Una opinión similar se fundamentó en el hecho de que el tratamiento de la insolvencia de una persona física suscitaba varias cuestiones de política general y de política social (incluida la liberación eventual de ciertas deudas), que probablemente se encararan de forma distinta en los diversos ordenamientos jurídicos. Además, el tratamiento de la insolvencia de una persona física podría resultar particularmente difícil cuando estaba en juego la reorganización.

29. Tras deliberar al respecto, predominó la opinión de que debía evitarse distinguir entre los deudores que fueran personas físicas y los que fueran sociedades mercantiles. Se recordó al Grupo de Trabajo que toda decisión al respecto debería quedar fielmente reflejada en las definiciones que figuraban en la introducción al proyecto de guía.

30. Se señaló que los párrafos 5 a 7 de la sección del resumen y recomendaciones se referían a cuestiones de jurisdicción y competencia internacional, que en sí mismas quedaban fuera del ámbito de análisis encaminado a determinar los deudores a los que sería aplicable el régimen de la insolvencia. Se observó además que sería inapropiado que una guía legislativa impusiera restricciones o límites a los Estados nacionales en cuanto a los criterios que seguirían para determinar su competencia internacional en asuntos de insolvencia.

31. Hubo opiniones favorables a que se trataran en el proyecto de guía las cuestiones vinculadas a la fusión de empresas deudoras y a la consolidación de múltiples deudores y de las respectivas deudas, así como los principios que debían orientar la forma de abordarlas, con miras a que se llevara a cabo de forma equitativa todo procedimiento de insolvencia relativo a deudores que formaran un solo conglomerado o actuaran como tal.

B. Criterios para la solicitud de un procedimiento de insolvencia y la apertura de ese procedimiento[b]

32. Se sugirió que la referencia del párrafo 17 del Comentario a la “presentación del balance” como un criterio distinto del de la suspensión general de pagos para la apertura de un procedimiento de insolvencia podría inducir a error. Se señaló al respecto que debía distinguirse claramente entre un criterio basado en el “valor contable” de los bienes y otro basado en su “valor de mercado”. Se subrayó que este último era un índice más fidedigno del valor de una empresa, puesto que el primero podía dar una visión inexacta de su situación como consecuencia de la diversidad de las prácticas contables aplicadas.

33. Se examinó la cuestión de la solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación. Se señaló que, en el supuesto de una solicitud presentada por un

[b] Ibíd., párrs. 10 a 39, y síntesis y recomendaciones conexas.

acreedor, no bastaría con que el deudor hubiera denegado un solo pago para habilitar al acreedor a presentar su solicitud (*véanse* los párrafos 20 a 22 del comentario). Con respecto a si se debía permitir presentar una solicitud de apertura del procedimiento a un acreedor que tuviera créditos no vencidos, se expresó la inquietud de que el acreedor abusara de esa facultad, por ejemplo, amenazando con entablar un procedimiento de insolvencia con miras a presionar al deudor para que accediera a negociar pagos preferenciales (*véase* el párrafo 20). Se observó al respecto que en el párrafo 23 estaba previsto que un acreedor con créditos no vencidos presentara una solicitud de apertura de un procedimiento en supuestos excepcionales, que podrían incluir la prevención de actos abusivos, por ejemplo, fraudulentos por parte del deudor. Se observó además que las autoridades públicas no deberían recurrir a un procedimiento de insolvencia cuando dispusieran de otros medios jurídicos para contrarrestar actos ilegales o actos que pudieran estar reñidos con sus principios de orden público.

34. De manera análoga, se señaló la necesidad de cierta flexibilidad en la sección dedicada al resumen y las recomendaciones. Se indicó que si bien era posible aplicar unos mismos criterios a las solicitudes de liquidación y de reorganización, convendría que los criterios aplicables a la reorganización fueron más laxos, en consonancia con el principio que subyace al proyecto de guía de alentar la apertura temprana y de buena fe de la reorganización antes de que el deudor se vea sobrecargado por su endeudamiento (*véase* el resumen y las recomendaciones, párrs. 2 y 3). En consonancia con este enfoque, se señaló también que era preferible adoptar un criterio flexible respecto del momento en que el tribunal debía adoptar una decisión sobre una solicitud involuntaria, y que indicar un número determinado de días para la decisión judicial podría plantear cuestiones constitucionales en alguno ordenamientos (*véase* el resumen y las recomendaciones, párr. 7).

35. Se sugirió incluir un nuevo apartado en el párrafo 1 del resumen y las recomendaciones, en el que se señalara que uno de los objetivos de las disposiciones sobre el régimen de la insolvencia relativas a los criterios para la solicitud y apertura era asegurar la aprobación de criterios transparentes y fiables.

Costas

36. Se expresó apoyo general para la idea de que la cuestión de las costas fuera tratada en el proyecto de guía, con miras a salvaguardar el objetivo de que este procedimiento resulte globalmente económico. Más concretamente, se señaló que era importante evitar una situación en que el procedimiento se viera afectado por costas que disuadieran a los acreedores y con ello malograran sus objetivos.

37. Se señaló que resultaba conveniente suministrar una aclaración respecto de la determinación de los gastos abarcados por el concepto de “costas”. Se sugirió al respecto, que los derechos abonables por concepto de presentación de una solicitud se regularan por separado de los correspondientes a la remuneración de los profesionales que se ocuparan de la administración de la masa, y de otros gastos relativos al procedimiento, y que se definieran los criterios para establecer su prelación respectiva en el procedimiento.

3. Consecuencias de la apertura del procedimiento de insolvencia

A. La masa de la insolvencia[c]

38. Se expresó apoyo general por la noción de que la masa de la insolvencia incluyera todos los bienes que fueran propiedad del deudor o sobre los que éste tuviera derechos, incluidos los bienes a los que tuvieran algún derecho los acreedores garantizados, en la fecha de apertura del procedimiento, como se refleja en el párrafo 43 del comentario. Sin embargo, se sugirió que en el proyecto de guía se señalara con claridad que la existencia de este derecho de propiedad se debía evaluar conforme al régimen de la propiedad aplicable y no a tenor del régimen de la insolvencia. En contra de esta sugerencia se argumentó que no era conveniente efectuar esa evaluación guiándose por el régimen de la propiedad aplicable, ya que de este modo tal vez no se lograra establecer un régimen de la insolvencia eficaz.

39. Respecto de los bienes adquiridos después de la fecha de apertura se expresó la preocupación de que el texto del párrafo 42 resultara demasiado restrictivo, al limitar dichos bienes a los adquiridos “en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor”. Conforme a ello, se sugirió reformular el párrafo para aclarar que todo bien adquirido por el deudor quedaría considerado parte de la masa de la insolvencia, con independencia de la forma en que se adquiriera.

40. Se expresó apoyo a la propuesta de abordar el régimen de ciertos contratos especiales, como la cesión para fines de garantía, la constitución de sociedades fiduciarias y otros actos de disposición fiduciaria de bienes y las mercancías o géneros consignados. A modo de observación general, se sugirió que se regulara el vínculo estrecho existente entre la cuestión de la ampliación de la masa de la insolvencia, por una parte, y el tratamiento de ciertos tipos de créditos, por otra, en particular en relación con el alcance de la paralización que se impondría a las acciones entabladas por un solo acreedor.

41. Se consideró equívoca la referencia a los bienes del deudor que fueran “fáciles de encontrar en los estados financieros del deudor” que figura en el párrafo 43, porque estos bienes no se encontraban con frecuencia en los estados financieros, por lo que se sugirió suprimirla.

42. Con respecto a la reorganización, el Grupo de Trabajo convino en que en el proyecto de guía se debía indicar con claridad la necesidad de incluir en la masa todos los bienes que fueran indispensables para que la reorganización resultara satisfactoria. Al respecto, se sugirió también que se estableciera un nexo explícito entre el volumen o la importancia de la masa y la finalidad del procedimiento (es decir, la de reorganizar la empresa en vez de liquidarla). Otra sugerencia fue que en el proyecto de guía se distinguiera entre la propiedad y otros derechos (incluidas las garantías reales) sobre los bienes, que no se verían afectados por la apertura, y el ejercicio de aquellos derechos, que podría limitarse para poder llevar a cabo el procedimiento de reorganización.

---

[c] Ibíd., párrs. 40 a 52, y síntesis y recomendaciones conexas.

43. Con respecto al párrafo 52, se observó que la facultad para vender los bienes debería tratarse por separado de la cuestión de los métodos o procedimientos a seguir para efectuar dicha venta.

B. Protección de la masa de la insolvencia[d]

44. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la paralización de las actuaciones y su aplicación. Se señaló la importancia de la paralización para mantener el *status quo* y dar tiempo para que se tome lo antes posible una decisión sobre la reorganización o la liquidación. Se expresó la opinión de que en el proyecto de guía se debería hacer hincapié en la importancia de una infraestructura judicial adecuada a fin de facilitar la paralización.

45. Como observación general, se señaló que los párrafos 62 y 63 del Comentario abordaban los tipos de actuaciones a los que se aplicaba la paralización mientras que la sección correspondiente al resumen y recomendaciones se centraba en las partes a las que se aplicaría. Se sugirió que el sumario y las recomendaciones abordaran ambas cuestiones.

Párrafo 1: Cláusula sobre la finalidad

46. Se formuló una serie de sugerencias respecto de la redacción de la cláusula relativa a la finalidad, y del resumen y las recomendaciones. Se sugirió que se aclarara el significado de la frase “las diversas partes interesadas” que figuraba en el apartado a). También se sugirió que el significado de la frase “actuaciones que se verán afectadas por” del apartado b) era dudoso y que se suprimiera con objeto de ampliar la aplicación del texto. Asimismo, se sugirió que se fusionaran los apartados b) y c) y que los motivos para el levantamiento de la paralización se enunciaran en el apartado d).

Variantes 1 y 2: paralización discrecional y paralización automática

47. En el proyecto de resumen y recomendaciones se enunciaron dos variantes; la variante 1, que prevé la paralización discrecional, y la variante 2, que prevé la paralización automática. Se sugirió que se suprimiera la variante 1 y que se recomendara la paralización automática. A ese respecto, se observó que la paralización discrecional por un tribunal que se examina en la variante 1 podía resultar larga y compleja, y daba pie a que se desmembraran los activos del deudor durante el tiempo en que el tribunal estuviera considerando la paralización, mientras que la paralización automática potenciaba la certidumbre y era más predecible. Se subrayó la importancia de la paralización automática en el caso de insolvencias en que se entablaran demandas globales de carácter extracontractual.

48. Se señaló que, si bien la paralización sería automática al declararse abiertas las actuaciones de insolvencia, no entorpecería la discreción del tribunal de decidir si las actuaciones deberían efectivamente abrirse. Además, se sugirió que sólo se adoptaran a discreción del tribunal medidas cautelares (que podrían incluir la paralización) que se pudieran aplicar entre el momento de la solicitud de apertura y la propia apertura. A ese respecto, se sugirió que se adoptara la estructura de los artículos 19 a 21 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia

[d] Ibíd., párrs. 53 a 83, y síntesis y recomendaciones conexas.

Transfronteriza. Con arreglo a ese enfoque, la paralización se podría aplicar con carácter provisional entre la solicitud y la apertura; se aplicaría automáticamente en el momento de la apertura de actuaciones concretas, con la posibilidad de que el tribunal, a su arbitrio, ordenase otras medidas. Esa propuesta recibió apoyo.

49. Aunque la paralización sería aplicable por lo general por remisión a la apertura de las actuaciones, se propuso que el texto del proyecto de guía fuera más específico. Se señaló que en algunos ordenamientos la paralización surtía efecto en el momento en que el tribunal adoptara su decisión de declarar la apertura de las actuaciones, en otras cuando se hacía pública la decisión sobre la apertura, y en otras la paralización surtía efecto retroactivamente desde la primera hora del día de la orden. Se señaló que las normas acerca del momento en que se aplicaba la paralización serían importantes para la protección de la masa de la insolvencia y en lo referente a la aplicación de la paralización a los pagos y la necesidad de minimizar el riesgo sistémico.

Párrafo 3: Medidas cautelares

50. El Grupo de Trabajo convino en que debería existir la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante el período entre la solicitud de apertura de actuaciones y la propia apertura y se sugirió que el proyecto de guía tal vez podría abordar más a fondo los motivos por los que podrían resultar necesarias tales medidas cautelares discrecionales. Por lo que se refiere al ámbito de las medidas cautelares disponibles, se formuló la sugerencia de que se limitaran a acciones ejecutorias.

Alcance de la paralización

51. Por lo que se refiere al alcance de la paralización, se expresaron varias sugerencias acerca de lo que podría cubrir y a quién debería aplicarse. Se observó que las recomendaciones, en la forma en que estaban redactadas, preveían que la paralización se impondría a los acreedores, tanto si gozan del respaldo de una garantía como si no, pero no se aplicaría a terceros. Se observó que tal vez fuera necesario tener en cuenta las actuaciones contra la masa por partes, como demandantes por lesiones personales, que no eran acreedores, así como consejeros (en particular cuando habían brindado garantías respecto del endeudamiento del deudor), en el caso de la reorganización, gerentes (al menos hasta que se aprobara el plan de reorganización). Se observó que ese enfoque exigiría que se estableciera una distinción entre la aplicación de la paralización en la liquidación y la reorganización. Respecto de los tipos de acciones que deberían tratarse, se sugirió que la redacción del artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza tal vez fuera un enfoque apropiado.

Párrafos 5 y 6: duración de la paralización para los acreedores con respaldo de garantía y levantamiento de la paralización en la liquidación

52. Se expresó la opinión de que el párrafo 5 debería prever como regla de derecho supletorio la aplicación de la paralización a los acreedores que gocen del respaldo de una garantía durante un breve período, transcurrido el cual podrían tratar de ejecutar su garantía a menos que el representante de la insolvencia pida al tribunal que prorrogue la paralización. Esta idea recibió cierto apoyo. Otra opinión expresada fue que tal vez se podría establecer una distinción entre la liquidación y la reorganización, aplicándose la paralización durante un breve período únicamente en el caso de la liquidación. Se observó que, a menudo, los acreedores con respaldo de garantía estaban excesivamente garantizados, y aunque tratarían por lo general de

aprovechar todas las oportunidades para ejecutar su garantía y salir de la situación de insolvencia, no había motivo para que la paralización no siguiera surtiendo efecto para ellos mientras durasen las actuaciones. Vista la carga administrativa que supone para el representante de la insolvencia, se sugirió que una regla de derecho supletorio que exigiese al representante de la insolvencia tomar medidas para prorrogar la paralización podría constituir una carga complementaria innecesaria y fomentar el litigio. Se observó que el párrafo 5, en su enunciado actual, tenía la ventaja de la flexibilidad pues dejaba al arbitrio del tribunal la decisión de proporcionar un remedio si hubiera perjuicio para el acreedor o los acreedores respaldados por garantías.

53. Se examinó la exención de la paralización para los acreedores con respaldo de una garantía que figura en el párrafo 6. Para empezar, se señaló que disponer de una excepción para los acreedores respaldados por garantía entrañaba el riesgo de facilitar el desmembramiento de la masa de la insolvencia, frustrando así la meta de los procedimientos de insolvencia y la paralización, que estaba concebida para garantizar la protección de la masa. Así pues, se sugirió que permitir que un acreedor respaldado por garantía materialice su garantía podría constituir una preferencia que no se podía justificar. También se indicó que, dado que ciertos ordenamientos otorgaban el mismo nivel de prioridad a las reclamaciones relacionadas con el empleo que a los acreedores respaldados por garantía, también podría otorgar el levantamiento de la paralización a esas demandas de empleados. A ese respecto, se señaló que algunos ordenamientos concedían a determinadas clases de demandas una “superprioridad” durante un período especificado, incluidas las demandas de salarios impagados, y que en otros, los contratos de empleo eran objeto de un tratamiento especial en el marco de la legislación laboral. Se expresó la opinión de que no debería permitirse que la excepción del párrafo 6 derivara en la concesión de cierta prioridad suplementaria a los acreedores respaldados por garantías a expensas de los demás acreedores. Si se concediera el levantamiento de la paralización, el proyecto de guía debería enunciar con claridad los motivos aplicables, ya fuera la falta de protección suficiente, la reducción del valor de la garantía u otro motivo.

54. Se señaló que la protección que el párrafo 6 concedía potencialmente a los acreedores respaldados por garantías resultaba aceptable en líneas generales. Se señaló que, en su redacción actual, había que satisfacer cada uno de los criterios enumerados en el párrafo 6 para poder conseguir el levantamiento para el acreedor respaldado por una garantía. En comparación, las disposiciones del párrafo 10 se cumplían aparentemente si se satisfacía un solo elemento. Se sugirió que, habida cuenta del debate en el Grupo de Trabajo, esos dos párrafos seguían siendo necesarios y tal vez se precisara un examen más a fondo de su redacción.

Párrafo 9: Aplicación de la paralización en una reorganización

55. Se observó que el párrafo 9 abordaba el principio de la igualdad de los acreedores con o sin el respaldo de una garantía. Se expresó la opinión de que, como los acreedores con respaldo de una garantía podían solicitar el levantamiento de la paralización después de transcurrido cierto tiempo, mientras que los acreedores sin garantía no disponían de esa opción, tal vez fuera preciso revisar el párrafo 9 para reflejar la posición real de las partes.

Párrafo 10: Levantamiento de la paralización para los acreedores sin garantía

56. Se sugirió que para que la reorganización fuera un medio decisivo de reconciliar todas las reclamaciones, incluidas las de los acreedores respaldados por una garantía, la paralización contra los acreedores respaldados por una garantía debería aplicarse hasta la aprobación del plan como medio de equilibrar los intereses de los acreedores respaldados por garantías y los intereses colectivos. Permitir a los acreedores respaldados por una garantía que levantaran la paralización con anterioridad a ese momento podría poner en peligro la reorganización y derivar en perjuicios para otros acreedores. Hubo acuerdo general en que el levantamiento de la paralización para los acreedores respaldados por garantías estaba justificado cuando no existieran posibilidades realistas de reorganización y los procedimientos pudieran convertirse en liquidación. Se planteó la cuestión acerca de qué ocurría con la paralización cuando el procedimiento pasaba a ser de liquidación. Se señaló que si las normas relativas a la solicitud eran las mismas para ambos tipos de procedimientos, no se planteaba ninguna cuestión, pero si eran diferentes, el régimen de insolvencia tendría que abordar la cuestión de qué normas eran aplicables.

57. Se observó que, mientras que el párrafo 5 proponía la paralización durante un período limitado, esta consideración no quedaba recogida en la redacción del párrafo 10, que no establecía un límite de la duración de la paralización. Se señaló la cuestión conexa del posible abuso por parte de deudores que presentaran demandas repetidas de reorganización (en circunstancias en que no hubiera perspectivas de que se aprobase un plan de reorganización) para mantener a raya a los acreedores respaldados por garantías y se sugirió que se incluyeran cláusulas de salvaguardia. También se expresó la opinión de que quizá pudiera abordarse mejor la cuestión de las prácticas abusivas en la parte del proyecto de guía dedicada a los planes de reorganización. También se señaló que el párrafo 10 no abordaba la cuestión de la “protección suficiente” del acreedor respaldado por una garantía, aunque se planteaba en el párrafo 11. Se sugirió que tal vez fuera preciso ampliar el concepto de “protección suficiente” para que se refiriera, entre otras cosas, a la posibilidad de que, además de determinar el valor de los bienes garantizados a una fecha determinada, el acreedor respaldado por una garantía pudiera obtener prendas sustitutivas u otros tipos de protección.

C. Régimen aplicable a los contratos[e]

58. En el Grupo de Trabajo se expusieron diversos criterios sobre la forma en que debían regularse los contratos cuando una de las partes no hubiera cumplido plenamente el contrato antes de iniciarse el procedimiento de insolvencia.

59. En cuanto a la estructura general del capítulo y a las recomendaciones pertinentes, se sugirió que se trataran por separado las cuestiones del mantenimiento en vigor y la resolución, por un lado, y la de la cesión, por otro. Se expresaron dudas sobre lo que abarcaba la palabra “contratos” y se sugirió que en el proyecto de guía se diera alguna explicación al respecto. También se puso en tela de juicio la palabra “contratos” por estimarse que tal vez resultaría inapropiada, y se sugirió que

[e] Ibíd., párrs. 84 a 123, y síntesis y recomendaciones conexas.

se sustituyera por las palabras “obligaciones que se fueran a mantener o que se dieran por resueltas”.

60. Se apoyó la idea de que en las recomendaciones se mencionaran los criterios conforme a los cuales el representante de la insolvencia debiera decidir si mantenía vigente un contrato o lo declaraba resuelto, en el entendimiento de que el ejercicio de tales facultades era excepcional y de que debían ejercerse siempre con la finalidad de maximizar los bienes del patrimonio en beneficio de los acreedores. Frente a este argumento se observó que tal vez podría crear incertidumbre el hecho de que esos criterios figuraran en el texto de las recomendaciones legislativas propiamente dichas y que sería, pues, más apropiado que se enunciaran en la sección de comentarios del proyecto de guía.

Párrafo 1: Cláusula de finalidad

61. Se estimó que el verbo “interfere” (en español, “intervenir”), en el párrafo 1 a) del resumen y las recomendaciones, para describir la facultad del representante de la insolvencia para resolver o mantener vigentes los contratos podía resultar inapropiada, pues podría dar a entender que esa persona podía modificar el contenido de los contratos. En consecuencia, se sugirió que el párrafo se refiriera simplemente a “la facultad de resolución o de mantenimiento de contratos” o que se redactara sin mencionar la parte que pudiera tener la posibilidad de ejercer esas facultades.

62. Otro de los problemas suscitados era la limitación de la facultad del representante de la insolvencia para resolver o mantener vigentes los contratos. Se señaló que tal limitación podría resultar muy restrictiva en los ordenamientos jurídicos en que no se nombraba un representante de la insolvencia y el deudor seguía en posesión del patrimonio de la insolvencia. La idea de abordar esa situación en el Comentario del proyecto de guía recibió cierto apoyo. En cambio, se criticó la sugerencia de que se ampliara la definición de “representante de la insolvencia”, que figuraba en el glosario, para que abarcara también al deudor en posesión del patrimonio, pues se consideró que en las definiciones generales no convenía mencionar mecanismos que existían únicamente en algunos ordenamientos jurídicos y que en todo el texto del proyecto de guía se presentaba la figura del representante de la insolvencia como persona cualificada con las competencias pertinentes.

63. Tras un debate, el Grupo de Trabajo reafirmó la opinión general de que el proyecto de guía debía prever un procedimiento de insolvencia llevado a cabo por una entidad que fuera nombrada por un tribunal o que actuara bajo supervisión judicial.

Párrafos 2 y 3: Resolución de contratos

64. Con respecto al párrafo 2 del resumen y a las recomendaciones formuladas para la resolución de contratos, se señaló que en la práctica no solían adoptarse decisiones sobre los contratos pendientes por la simple razón de que no podían cumplirse, y que si el procedimiento exigiera que se adoptara una decisión explícita para cada contrato, resultaría excesivamente costoso y engorroso. Se sugirió que esta cuestión se hiciera constar en el proyecto de guía como premisa del presente capítulo.

65. Según otra opinión, debería fijarse un plazo concreto durante el cual el representante de la insolvencia hubiera de decidir si mantenía vigente o daba por resuelto un contrato, para que así el texto ofreciera una mayor certeza. Este plazo debería ser razonablemente breve (se propuso que oscilara entre 45 y 60 días) y vincularse a una disposición supletoria en virtud de la cual se diera por resuelto todo contrato respecto del cual, transcurrido ese plazo, no se hubiera adoptado ninguna decisión.

66. Si bien esta propuesta recibió un amplio apoyo, se señaló que la resolución automática en virtud de una disposición supletoria únicamente debería ser aplicable a los contratos que, no sólo siguieran incumplidos al iniciarse el procedimiento, sino también a aquéllos de los que tuviera conocimiento el representante de la insolvencia. No sería aceptable que se diera automáticamente por resuelto un contrato del que el representante de la insolvencia no tuviera conocimiento y sobre el cual, por consiguiente, no hubiera podido adoptar una decisión. Además, el hecho de no haber adoptado en el plazo prescrito la decisión de resolver o mantener un contrato podía plantear problemas de costos y de responsabilidad profesional si se determinaba que la resolución o el mantenimiento en vigor del contrato perjudicaban los intereses del patrimonio de la insolvencia.

67. Según otra opinión, habría que regular de modo diferente la resolución automática según si se tratara de un procedimiento de liquidación o de reorganización. Si bien, en principio, la resolución automática sería aceptable en un procedimiento de liquidación, toda reorganización requería una mayor flexibilidad para evitar que el incumplimiento de un plazo privara al patrimonio de un contrato tal vez crucial para el procedimiento. No obstante, se objetó que si se permitía al representante de la insolvencia solicitar una prórroga del plazo para los contratos que pudieran resultar útiles para el patrimonio, podría agravarse la carga administrativa que ya sobrellevaba el representante de la insolvencia y se iría en contra de la necesidad de flexibilidad.

Párrafo 4: Efecto de la resolución

68. Se sugirió además que la cuestión del control de las decisiones del representante de la insolvencia se regulara en una disposición amplia referente a las consecuencias de tales decisiones, incluidos los daños y perjuicios como en lo ya enunciado en el párrafo 4. A este respecto, prevaleció la opinión de que los eventuales daños y perjuicios derivados de la resolución de contratos deberían regirse por las normativas generales sobre daños y perjuicios, al igual que la determinación del importe a pagar, sin perjuicio de que las cláusulas de indemnización estuvieran sujetas al control del tribunal. No recibió apoyo la propuesta de considerar estos daños y perjuicios deudas prioritarias del patrimonio de la insolvencia, debido a que muchas demandas en procedimientos de insolvencia se derivaban de contratos incumplidos y el hecho de que se diera prioridad a esas demandas equivaldría a darles una ventaja excesiva, lo cual no sería permisible por razones de orden público. También se señaló que en algunos casos podía justificarse la limitación de las demandas derivadas de la resolución, por ejemplo, en contratos de arrendamiento a largo plazo en que el período de alquiler por pagar pudiera acarrear demandas de gran cuantía y, en cualquier caso, el arrendatario tuviera oportunidad de atenuar sus posibles pérdidas. Podría darse una situación similar en contratos laborales que, como ocurre con frecuencia, dieran a los empleados la oportunidad de obtener otro empleo.

Párrafos 5 y 6: Mantenimiento en vigor de los contratos

69. Se apoyó en general la idea de que las compensaciones fueran aplicables también a contratos no financieros. Como observación general, se indicó que las repercusiones que tenían los contratos financieros para todo el sistema de pagos requerían que la decisión de mantenerlos en vigor o de resolverlos no estuviera en manos del representante de la insolvencia y que habría que mencionar en el proyecto de guía las razones que justificaban tal exclusión. Se sugirió además que también se especificara que los arreglos crediticios merecían también una reglamentación especial.

70. Se expresó el temor de que en el régimen de la insolvencia se regularan los contratos laborales de modo distinto que los demás contratos, si bien se señaló que podían estar sujetos a otras leyes que, por ejemplo, les dieran una gran prioridad en caso de demandas. También se argumentó que no procedía abordar en el proyecto de guía la cuestión de si los contratos laborales y contratos similares habían o no de estar sujetos, en el contexto de una insolvencia, a un tribunal o a otro órgano administrativo o judicial especializado; convendría más bien dejar esta cuestión en manos de la legislación de cada país. El Grupo de Trabajo reafirmó que la cuestión de la resolución de ciertas clases de contratos con partes débiles, como los contratos laborales, debería dejarse a la discreción de los legisladores nacionales, por lo que el párrafo 5, en vez de decir “debe”, habría de decir “puede”. Se propuso que en el proyecto de guía se sugiriera a los legisladores que estudiaran algún mecanismo para proteger a esas partes mediante sistemas como, por ejemplo, los de seguridad social.

Párrafo 7: Cláusulas de resolución

71. Se expresaron diversas opiniones sobre el tratamiento de las cláusulas en virtud de las cuales la apertura de un procedimiento de insolvencia constituía un hecho que podía dar lugar a la resolución del contrato. Si bien se reconoció que sería útil mencionar en el proyecto de guía distintos grados de anulabilidad, como se hacía en el texto actual del párrafo 7, se subrayó que correspondía al legislador y no al representante de la insolvencia establecer si esa cláusula era nula y sin valor o ineficaz. En consecuencia, el régimen de la insolvencia podría prever que esos tipos de cláusulas fueran ineficaces frente al representante de la insolvencia o que se consideraran simplemente nulas. En cuanto al enunciado, se sugirió que se enmendaran las palabras iniciales del párrafo 7 para puntualizar que la apertura del procedimiento no era consecuencia de la cláusula en sí sino de la resolución de tal cláusula.

Párrafo 8: Efecto del mantenimiento en vigor

72. Recibió cierto apoyo el criterio de que el párrafo 8, que se refería al régimen de las demandas derivadas de contratos mantenidos vigentes por el representante de la insolvencia, se interpretara en el sentido de que este tipo de demandas fueran equiparadas a la deuda del patrimonio y tuvieran prelación como gastos de administración del patrimonio. Frente a esta opinión se argumentó que no había ninguna razón que justificara el dar prioridad a esas demandas. Se señaló asimismo que esta cuestión estaba vinculada a la de la financiación posterior a la apertura del procedimiento y que, por lo tanto, debía regularse en ese contexto.

Párrafos 9 y 10: Cesión

73. Con respecto a la cesión, en el Grupo de Trabajo se apoyó la idea de mantener en el texto la disposición en virtud de la cual el representante de la insolvencia podía ceder el contrato, previa aprobación del tribunal, independientemente de si existía una cláusula de intransferibilidad y de lo acordado por las partes. Se estimó, no obstante, que la cuestión no debía regirse por las normas especiales que previera un régimen de la insolvencia sino por el Derecho general de los contratos. Conforme a este criterio, si las partes en el contrato acordaran cederlo, podía procederse a la cesión; de lo contrario, no podría efectuarse ninguna cesión. Se sugirió que, de adoptarse tal disposición como excepción al Derecho general de los contratos, podría haber que agregar al texto algunas salvedades en virtud de las cuales, en caso de darse, pudiera efectuarse la cesión. También recibió apoyo la idea de que el representante de la insolvencia estuviera facultado para hacer caso omiso de las cláusulas de intransferibilidad cuando el Derecho general de los contratos previera tales cláusulas. A este respecto se puso de relieve que en el concepto de "cláusulas de intransferibilidad" deberían entrar tanto las cláusulas que restringieran las cesiones como las que las prohibieran.

Párrafo 11: Ejercicio de las facultades del representante de la insolvencia

74. Se recomendó que se armonizaran las normas enunciadas en los párrafos 9, 10 y 11, en virtud de las cuales el representante de la insolvencia podía decidir la resolución, el mantenimiento en vigor y la cesión de contratos sin aprobación judicial, a reserva del derecho de las partes interesadas a impugnar ante un tribunal las decisiones del representante de la insolvencia; esa armonización debería efectuarse teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas sobre otros párrafos de la sección de resumen y recomendaciones.

D. Acciones de impugnación[f]

75. A raíz de algunas sugerencias sobre la idoneidad de los términos utilizados en el contexto de las acciones de impugnación en los diversos idiomas, el Grupo de Trabajo convino en centrar su labor sobre el régimen sustantivo y dejar las cuestiones de terminología para una etapa ulterior.

76. A título de observación preliminar, se señaló que el proyecto de guía debería aclarar que las acciones de impugnación tenían por finalidad específica la de preservar la integridad de la masa y salvaguardar la equidad del trato otorgado a los acreedores en el marco de la insolvencia, sin tratar de reemplazar o afectar en modo alguno a ningún otro dispositivo de amparo de los derechos de los acreedores disponible en el marco del derecho civil general o del derecho mercantil.

Párrafo 1: Cláusula de finalidad

77. A este respecto, se expresó la inquietud de que los dos criterios mencionados en el párrafo 1 a) de la sección dedicada al resumen y las recomendaciones, como motivos alternativos para la anulación de un acto, a saber, su índole fraudulenta o que ese acto se haya efectuado en violación del principio de la igualdad del trato que se ha de dar a los acreedores, pueden inducir a error, por lo que convendría

[f] Ibíd., párrs. 124 a 151, y síntesis y recomendaciones conexas.

suprimir esa mención. Se respondió que la mención que se hace de actos fraudulentos puede servir de ejemplo de lo que constituye un acto en perjuicio de los acreedores, considerados a título colectivo, con tal de que en el Comentario o en la sección de resumen y recomendaciones, o en ambos sitios a la vez, se aclare que toda acción de impugnación que se presente contra un acto fraudulento tiene por finalidad permitir la reconstitución de la masa de la insolvencia.

78. Desde una perspectiva formal, se sugirió que cabría simplificar el texto de la disposición sustituyendo las palabras "los supuestos en los que determinadas operaciones previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia" por las palabras "los supuestos en los que las operaciones previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia".

79. Se objetó a la sugerencia de que se suprimiera, en el párrafo 1 c), la mención a la recuperación de sumas en metálico o de bienes que estuvieran en manos de terceros como uno de los objetivos de las acciones de impugnación, que esa disposición podía ser útil al cumplir una función pedagógica.

80. Respecto de la relación entre la variante 1 y la variante 2 se observó que cada una de ellas abordaba cuestiones distintas suscitadas en el marco de las acciones de impugnación por lo que ambas debían ser objeto de debate en el Grupo de Trabajo.

Párrafo 2: Operaciones impugnables - variantes 1 y 2

81. Se expresó agrado por la minuciosidad con que la variante 1 abordaba las categorías de actos contemplados, los supuestos que podían dar lugar a su anulación y la duración del plazo de sospecha aplicable a cada uno de ellos. Se sugirió que el párrafo reflejara también los elementos distintivos de las principales categorías de operaciones impugnables (es decir, de las operaciones fraudulentas, sin contravalor adecuado y de índole preferencial), tal como aparecen respectivamente descritas en los párrafos 134, 135 y 136 del comentario.

82. Se expresaron diversos pareceres en cuanto a la determinación del plazo previo a la apertura durante el cual serían impugnables dichas operaciones (el denominado "plazo de sospecha"). Según uno de los pareceres no sería posible fijar un único plazo que respondiera adecuadamente a los diversos supuestos que podían darse en la práctica, por lo que sería preferible adoptar un criterio flexible. Se observó, en respuesta a esa sugerencia, que el objetivo de la certidumbre jurídica requería que ese plazo fuera fijo. Sin llegar a sugerir cuál había de ser ese plazo, predominó el parecer de que convenía que ese plazo fuera breve y que se debía precisar el momento en el que empezaría a correr.

83. El Grupo de Trabajo convino en que se hiciera una distinción entre la determinación del plazo de sospecha, por una parte, y el plazo de prescripción aplicable al derecho del representante de la insolvencia para presentar una acción de impugnación, por otra.

84. Se expresó notable apoyo a que se abordara expresamente el tema de la anulabilidad de las operaciones en que intervinieran "personas allegadas" y acreedores conceptuales como "iniciados". Al tiempo que se recomendaba que se aclarara cuáles eran las personas incluidas en una u otra de esas categorías, tal vez añadiendo algún término al glosario y sin perder de vista que podrían ser catalogables como "personas allegadas" no sólo ciertas personas físicas sino también ciertas entidades colectivas o sociales, se sugirió que se tratara de esas

operaciones en un párrafo aparte, sin limitarse a incluirlas en una lista, como categoría aparte de actos impugnables. Se dijo que ese tratamiento individualizado estaba justificado por la necesidad de establecer un régimen de impugnación especial para esas operaciones no sólo en su vertiente probatoria sino también en lo relativo a la duración del plazo de sospecha.

Párrafo 3: Ampliación del plazo de sospecha

85. Se objetó a que se facultara al tribunal para prorrogar el plazo de sospecha como se disponía en el párrafo 3 de la variante 2. Se sugirió que la discrecionalidad que se le daba al tribunal a ese respecto podía dejar en un grado excesivo de incertidumbre a las operaciones comerciales en su conjunto, lo que sería contrario al logro de las importantes metas de la predecibilidad y la certidumbre jurídica.

86. Se expresó cierta inquietud de que la imposición de plazos fijos no resultara una respuesta adecuada al problema de las operaciones en perjuicio de acreedores que las partes hubieran ocultado y que se descubrieran una vez expirado el plazo para la presentación de una acción de impugnación. Se observó, en respuesta a esa inquietud, que i) conforme al régimen general de la prescripción, el plazo de prescripción de una acción no empezaría a correr mientras el representante de la insolvencia no tuviera conocimiento de que esa acción era ejercitable, y ii) cabría responder a esos supuestos recurriendo a las vías de impugnación previstas y que estuvieran aún disponibles con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del régimen de la insolvencia, e incluso a medidas de índole penal.

Párrafos 4 y 5: Cuestiones probatorias

87. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de guía impartiera asesoramiento respecto del régimen aplicable a las cuestiones probatorias suscitadas por las acciones de impugnación. Se recordó que en muchos ordenamientos se habían establecido presunciones respecto de uno o más de los requisitos que habían de cumplirse para la presentación de las acciones de impugnación, invirtiéndose así la carga de la prueba, traspasando esa carga a la contraparte del deudor en el acto impugnado. Por consiguiente, se recomendó que el proyecto de guía definiera claramente los elementos que habían de probarse y los elementos que podrían ser objeto de una presunción, especificándose en este caso si esa presunción era o no rebatible. Se observó, no obstante, que se habría de obrar con cierta cautela al respecto, ya que el proyecto de guía debería evitar entrar en demasiado detalle, especialmente en asuntos de índole procesal, que convendría dejar al arbitrio del derecho interno. Se reiteró a ese respecto que, a diferencia de una ley modelo la finalidad de una guía legislativa no era la de ser prescriptiva sino la de orientar al legislador mediante una clara descripción de los costos eventualmente impugnables y ofreciéndole diversas soluciones posibles con miras tal vez a recomendar una o más de esas soluciones.

88. Respecto del párrafo 5 b) se señaló que exigir a la otra parte en una operación supuestamente fraudulenta que probara la motivación inocente del deudor equivaldría a privarla prácticamente de la posibilidad de oponerse con éxito a la impugnación, ya que tal vez no le sea posible presentar esas pruebas. Además, se observó que esa solución era incompatible con el criterio adoptado por algunos ordenamientos jurídicos, en los que se presumía la buena fe, por lo que sólo se exigiría normalmente que se presentaran pruebas de la mala fe del deudor.

Párrafo 6: Caso de no impugnación

89. Se abogó en favor de que el proyecto de guía se ocupe de la cuestión suscitada por el incumplimiento por el representante de la insolvencia de su deber de entablar toda acción de impugnación que sea del caso. Si bien hubo acuerdo en cuanto al principio de que debe permitirse que los acreedores entablen esas acciones, el Grupo de Trabajo recomendó que el proyecto de guía ponga en claro, ya sea en el Comentario o en la sección de resumen y recomendaciones, que ese poder se ha de ejercer únicamente en provecho de la masa de la insolvencia o de los acreedores en su conjunto. Más aún, el proyecto de guía deberá indicar si los acreedores tendrán derecho a recuperar de la masa las costas en que hayan incurrido al entablar la acción de impugnación en provecho de la masa y, en ese caso, indicar cuál será la prelación de ese crédito. A fin de evitar la presentación de acciones desprovistas de todo fundamento, por parte de los acreedores, que puedan redundar en perjuicio de la masa, cabría requerir la aprobación previa del tribunal para la presentación de este tipo de acciones.

90. Se expresó otro parecer algo distinto, al estimarse que el incumplimiento por parte del representante de la insolvencia de su deber de entablar alguna acción de impugnación daría lugar a sanciones administrativas o penales contra el representante de la insolvencia, y posiblemente al nombramiento de otro representante. A ello se respondió que se había de distinguir entre las diversas motivaciones posibles del representante de la insolvencia. Su inactividad por negligencia o mala fe (o, en términos más generales, sin justificación adecuada), debía dar lugar a medidas distintas que las procedentes que serían aplicables en un supuesto en el que el representante de la insolvencia estime que no es probable que la acción de impugnación prospere y que su presentación puede dar lugar a que la masa haya de sufragar costas procesales. Por consiguiente, el proyecto de guía deberá aclarar que será el tribunal quien deberá evaluar la motivación del representante de la insolvencia para no actuar. Se sugirió, además, que el proyecto de guía debería abordar también la cuestión del ejercicio de las acciones de impugnación en el marco de ordenamientos en los que no estuviera prevista la designación de un representante de la insolvencia o de algún otro órgano administrativo.

Párrafo 7: Operaciones posteriores a la apertura

91. Se expresó apoyo por el parecer de que las operaciones efectuadas tras la apertura del procedimiento, actualmente tratadas en el párrafo 7, no podían ser objeto de una acción de impugnación. Si bien cabe que una operación efectuada tras la apertura del procedimiento sea tenida por inválida o nula, según cual sea el ordenamiento aplicable, las acciones de impugnación constituyen un dispositivo que ha sido concebido para que los actos efectuados con anterioridad a la apertura de un procedimiento, en detrimento del interés colectivo de los acreedores, pero que por lo demás sean actos jurídicamente válidos fuera del contexto de una insolvencia, puedan ser declarados inválidos o nulos. Por consiguiente, las operaciones efectuadas tras la apertura de un procedimiento deberán ser tratadas en alguna otra sección del proyecto de guía y deberán ser tal vez objeto de un tratamiento distinto según que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización. Se sugirieron diversas posibilidades al respecto como las de tratar esta cuestión en el marco, ya sea de la administración de la masa o del alcance de las medidas de paralización o de los poderes del representante de la insolvencia.

92. Respecto del contenido, se expresó el parecer de que la disposición debería ser más explícita respecto de los diversos regímenes que cabría aplicar a las operaciones efectuadas, con posterioridad a la apertura. Se juzgó improcedente declarar su anulabilidad en una regla de carácter general, dada la gran diversidad de las soluciones aplicadas por distintos ordenamientos jurídicos, entre las que cabría citar las de que esas operaciones estuvieran sujetas al control y tal vez a la aprobación del tribunal, o la de que se tendrían por válidas pero podrían dar lugar a que se sustituyera al representante de la insolvencia. Por consiguiente, predominó el parecer de que se redactara de nuevo esta disposición a fin de distinguir entre las diversas categorías de actos y el contexto (es decir, de liquidación o de reorganización) en que se efectuaron. Se sugirió, al respecto, que se introdujera un sistema de autorizaciones por el tribunal y se otorgara un trato más favorable a toda operación que se hubiera efectuado en el curso normal del negocio de la empresa deudora.

4. Administración del procedimiento

A. Derechos y obligaciones del deudor[3]

Observaciones generales

93. Se observó que una sección sobre las obligaciones del deudor era importante para el proyecto de guía, porque el cumplimiento correcto de estas obligaciones (concretamente, la de cooperar con el representante de la insolvencia y las demás autoridades que supervisan el proceso) permitía con frecuencia llevar a término satisfactoriamente los procedimientos, tanto de liquidación como de reorganización.

94. Se sugirió que, a efectos de transparencia y previsibilidad, se especificaran y regularan las obligaciones secundarias derivadas de la obligación del deudor de cooperar. Entre estas obligaciones podrían figurar (en el caso de un deudor determinado o de los administradores y directores de una empresa insolvente) la de no abandonar su lugar de residencia habitual, la de informar sobre su correspondencia con el representante de la insolvencia o el tribunal y otras limitaciones que afecten a su libertad personal. Se observó que estas limitaciones y su imposición a los directores y administradores de las empresas eran determinantes para evitar la perturbación del procedimiento por la práctica común de los deudores de abandonar el establecimiento y de los directores y gerentes de renunciar a su cargo tras la apertura de un procedimiento. Sin embargo, se advirtió que estas obligaciones secundarias debían ser proporcionales a su finalidad básica y al deber general de cooperar.

95. Se expresó apoyo general a la sugerencia de que se complementara la sección indicando los recursos que existirían en caso de que el deudor no cumpliera sus responsabilidades.

Párrafo 1: Cláusula de finalidad

96. Se sugirió que se diera al párrafo 1 un enunciado del siguiente tenor: “a) asegurar que se suministre al representante de la insolvencia información

[3] Documento de referencia A/CN.9/WG.V/WP.58 (párrs. 152 a 170 y síntesis y recomendaciones conexas).

completa y correcta sobre el deudor, sus bienes y sus negocios financieros; b) especificar qué persona o personas tienen la responsabilidad de suministrar dicha información".

Párrafo 2: El derecho a ser oído

97. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de prever amparo para el derecho del deudor a ser oído durante el procedimiento, y en que este derecho se debía distinguir de cualquier otro derecho de participar en el procedimiento. No hubo apoyo para las sugerencias de que el alcance del derecho a ser oído se limitara a las cuestiones que afectaran a los intereses del deudor, de conformidad con el enfoque adoptado en algunos ordenamientos jurídicos, o que se determinara de otro modo sobre la base de si estaba en juego o no la liquidación o reorganización. Se observó que el derecho a ser oído se había establecido en interés del deudor y para su protección, y que guardaba relación con cuestiones fundamentales de los derechos constitucionales, que no se veían afectados por el carácter ni el propósito del procedimiento concreto de que se tratara.

98. Se expresó la opinión de que no era necesario señalar la necesidad de impedir que el deudor abusara de su derecho a ser oído, ya que tal abuso estaba prohibido como principio general de derecho. Sin embargo, otra opinión fue que podría resultar útil una mención expresa al respecto, como posible mecanismo de disuasión de toda tentativa del deudor de abusar de este derecho para obstaculizar la realización expedita y eficaz del procedimiento.

99. Se indicó que el derecho del deudor a participar en el proceso decisorio tendría mayor alcance en la reorganización que en la liquidación, y que se debía complementar apropiadamente la referencia a ello que figuraba entre corchetes.

100. Se expresó inquietud respecto de la sugerencia de que se otorgara al deudor el derecho a recibir, del representante de la insolvencia o del tribunal, información sobre cuestiones relativas al procedimiento. Por una parte, se consideró que este derecho supondría una carga excesiva para la administración de la insolvencia. Por otra parte, se observó que nada de lo dispuesto en la legislación debía impedir que el deudor solicitara información al representante de la insolvencia o al tribunal.

Párrafo 3: Obligaciones del deudor

101. Se apoyó la inclusión en la guía de la recomendación de que se señalaran expresamente en la ley las obligaciones del deudor, tal vez aclarando su contenido e indicando a qué personas favorecería el cumplimiento de estas obligaciones. Una sugerencia conexa fue la de incluir una salvedad respecto de los ordenamientos en los que no se nombrara a un representante de la insolvencia. A fin de dar una mejor eficacia a la obligación del deudor de responder a las solicitudes de información del representante de la insolvencia o del tribunal, se sugirió que se enunciara con claridad como un aspecto concreto del deber general de informar.

102. Como cuestión de redacción, se indicó que la disposición sería más eficaz si se reformulaba y expresaba de forma directa (por ejemplo señalando que "el deudor cooperará ..."). Se señaló también que la referencia a la obligación del deudor de proporcionar información "actualizada" sobre su situación podría interpretarse en el sentido de que limitaba dicha responsabilidad al momento de la apertura, cuando es posible que se refiera también a la obligación de presentar información relativa a períodos anteriores. Conforme a ello, también se requeriría información "anterior",

y se debía agregar al párrafo la indicación de que la información debía ser no sólo precisa y fiable, sino también “completa”.

103. Se expresaron varias opiniones en el sentido de que la obligación de presentar información al tribunal y a los demás órganos de la insolvencia se debía hacer extensiva a toda persona o entidad que estuviera en situación de facilitar información, incluidos los bancos, las instituciones financieras y los directores o administradores de empresas conexas. Sin embargo, se consideró delicada la cuestión de los límites de las facultades del representante de la insolvencia para solicitar información a terceros, porque esas facultades podían entrar en conflicto con el deber de confidencialidad o con otros deberes análogos a los que estuvieran sujetas estas partes. A modo de observación general, se señaló que en el proyecto de guía se debía aclarar si la eventual facultad de pedir información a terceros era tan amplia como la concedida al representante de la insolvencia respecto del deudor. Además, se señaló que tal equiparación podría considerarse un aspecto concreto de la cuestión general del régimen que afectaba a los terceros en el contexto de la insolvencia, y que en el capítulo sobre la administración del procedimiento habría que incluir una sección en que se regularan estas cuestiones. Por último, se recordó que la cuestión de los derechos de terceros se regulaba en la guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó volver a ocuparse del asunto ulteriormente.

104. Se reafirmó la necesidad de que en el régimen de la insolvencia se previeran recursos para los casos en que el deudor o un tercero incumpliera sus obligaciones, con el objeto de asegurar su cumplimiento. Se expresaron opiniones diferentes respecto de si en el proyecto de guía se debía regular esta necesidad recomendando que se previeran estos recursos o indicando tipos concretos de medidas (incluidas sanciones penales, la expulsión de asociaciones profesionales o comerciales o, respecto de un deudor determinado, la pérdida del beneficio de exoneración).

Párrafo 4: Información que se debe facilitar

105. Se sugirió que el párrafo 4 pasara a ser el apartado c) del párrafo 3, porque en él se aclaraba la forma en que podía cumplirse el objetivo inherente a la obligación del deudor de cooperar y presentar información.

106. Con respecto al contenido, se expresaron varias opiniones en cuanto al tipo de información que debía presentar el deudor. Una de ellas fue la de que la obligación de presentar estados financieros, cuentas y libros se señalara explícitamente como aspecto decisivo de la responsabilidad de presentar información. Además, debían revelarse todas las operaciones, con independencia de si eran anulables o no, porque no correspondía al deudor decidir sobre cuestiones de nulidad. Tras un debate, se apoyó la propuesta de que algunos de los documentos que se debía presentar se complementaran con una disposición general en que se señalara la obligación del deudor de presentar cualquier información que pudiera razonablemente requerir el representante de la insolvencia.

107. Aunque se convino en que debía asegurarse la presentación puntual de toda información pertinente, se señaló que el deber de presentar información debía existir durante todo el procedimiento y que, conforme a ello, debía suprimirse la referencia a la apertura que figura en la penúltima línea del párrafo.

108. Además, se expresó algún apoyo a la propuesta de que se previera la obligación de revelar toda relación pendiente con "iniciados" y entidades conexas, sin perjuicio de la necesidad de tener en cuenta las cuestiones de confidencialidad que pudieran presentarse.

Párrafo 5: Sanciones

109. Se apoyó la idea de prever en el proyecto de guía medidas adecuadas para obtener la información pertinente, no sólo con respecto al incumplimiento de las responsabilidades del deudor, sino también como principio amplio y de alcance general. A este respecto, la palabra "alternativas" podía prestarse a interpretación errónea, por lo que debería suprimirse.

110. Según una opinión, las facultades del representante de la insolvencia para exigir y obtener información de otras partes (no del deudor) podría regularse apropiadamente en la sección relativa al deudor. Otra opinión fue que esta cuestión entraba más bien en el ámbito de la sección relativa a los derechos y deberes del representante de la insolvencia. El Grupo de Trabajo reafirmó la necesidad de que en el proyecto de guía se regulara concretamente la situación de los terceros.

Párrafo 6: Confidencialidad

111. Si bien se convino en la necesidad de garantizar la confidencialidad, por ser comercialmente delicada la mayor parte de la información de interés para el procedimiento de la insolvencia, se señaló que en el proyecto de guía cabría recomendar a los legisladores que tuvieran en cuenta la necesidad de coordinar al respecto la legislación sobre la insolvencia y el derecho procesal aplicable.

Párrafo 7: Gestión del deudor en la liquidación

112. Se consideró en general que la disposición debía centrarse en la situación del deudor y no en la del representante de la insolvencia, en consonancia con el asunto de que trataba la sección, y regular la función del deudor en ambos tipos de procedimiento. Por ejemplo, en la liquidación, el deudor debía transferir bienes al representante de la insolvencia (con independencia de si ello ocurría automáticamente tras la apertura o de si requería una entrega física de parte del deudor) y colaborar con el representante de la insolvencia en la disposición de los bienes.

Párrafos 8 y 9: Gestión del deudor en la reorganización

113. Se apoyó a la propuesta de modificar el párrafo 8 para ajustarlo a las consideraciones que figuran en los párrafos 154 a 160 de las observaciones, con miras a reflejar las diferentes opciones relativas a la gestión en el contexto de la reorganización. Se señaló que la misma propuesta podía hacerse extensiva al párrafo 9.

114. Varios delegados expresaron inquietud respecto de la expresión "arreglo de gestión compartida" que figura en ambos párrafos, debido a que tal expresión podría entenderse como un acuerdo privado. Se señaló que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos los derechos y obligaciones del deudor y del representante de la insolvencia no eran una cuestión que debieran acordar las partes sino que solía estar prevista por ley. Se señaló que la prohibición de la venta de los bienes del deudor, como se prevé en el párrafo 8, no reflejaba del todo la facultad del deudor

de adoptar en el curso normal de los negocios, las medidas eventualmente necesarias. Otra sugerencia fue refundir los dos párrafos en uno solo.

115. Se sugirió que en el proyecto de guía se regulara la cuestión de la responsabilidad del deudor, los directores y los gerentes, en términos análogos a los empleados en el párrafo 170, y se aclarara si se podía pagar con cargo a la masa todo daño causado por las acciones de estas personas y órganos. Más concretamente, el proyecto de guía debería reflejar el hecho de que se aplicarían diferentes regímenes de responsabilidad, según si se trataba de fraude o de negligencia. Se sugirió incluir en el texto una recomendación específica sobre la cuestión de la responsabilidad, con independencia de que en muchos ordenamientos jurídicos las cuestiones de responsabilidad podían no regirse, y con frecuencia no se regían, por el derecho de la insolvencia sino por otras leyes. En el contexto de la responsabilidad se consideró también que ésta debería regularse en el marco de las obligaciones del representante de la insolvencia.

116. En cuanto al deber de remunerar apropiadamente a los profesionales o a las empresas que hubieran realizado labores en interés de la masa de la insolvencia, se convino en que sería mejor regular ese principio en el contexto de los deberes del representante de la insolvencia.

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia[4]

117. Al comienzo de las deliberaciones se señaló que la definición de "representante de la insolvencia" que figuraba en la primera parte del proyecto de guía mencionaba la posibilidad de que éste también fuera una "entidad". Se preguntó cuál sería entonces la manera en que se aplicarían en ese caso las obligaciones enunciadas en el resumen y las recomendaciones. Se respondió que conforme a la práctica de algunos países se nombraba tanto a particulares como a entidades para el cargo de representante de la insolvencia; cuando se nombraba a una entidad, solía hacerse porque las personas que se harían cargo en su nombre de llevar adelante el procedimiento eran de reconocida competencia y la entidad en sí estaba regulada. Se dijo que, en el supuesto de que el representante de la insolvencia estuviera al servicio de un órgano público, tal vez convendría indicar en el proyecto de guía la forma en que ese nombramiento podría incidir en cuestiones como la responsabilidad, la remuneración y las condiciones que había de reunir todo candidato para ser nombrado. Otra observación fue la de que el objetivo esencial de la transparencia debía inspirar todo el procedimiento de designación del representante de la insolvencia, así como la forma en que éste llevara a cabo el procedimiento en sí, aunque se sugirió que esa transparencia era importante para todo el procedimiento en general, y para cuantos participaran en él.

Párrafo 1: Cláusula de finalidad

118. Se sugirió que en el apartado a) del resumen y las recomendaciones se sustituyera el término "persona" por "representante de la insolvencia" y que se añadiera la frase "condiciones que ha de reunir" a continuación de "las funciones".

[4] Ibíd., párrs. 171 a 186 y síntesis y recomendaciones conexas.

Párrafo 2: Nombramiento del representante de la insolvencia

119. Con respecto al método a seguir en el nombramiento del representante de la insolvencia, se propuso añadir otros ejemplos al proyecto de guía, como que fuera designado por el deudor (o por el personal rector o de dirección de la empresa deudora), en algunos casos sin que se requiriera la autorización del tribunal, pero con salvaguardias similares a las enunciadas en el párrafo 7, o por una autoridad pública. Se observó asimismo que en algunos ordenamientos jurídicos el representante de la insolvencia podía ser un cargo público o un grupo de expertos, supuestos para los que habría que prever otras modalidades de nombramiento, distintas de las enumeradas en el apartado b) del párrafo 1. Se insistió también con interés en la conveniencia de que la recomendación previera un nombramiento provisional, tal vez en la sección que trataba de la paralización y las medidas cautelares. Se subrayó al respecto que no se trataba meramente de la oportunidad o duración del nombramiento, sino de la posibilidad de que se modificaran las condiciones de aptitud o de experiencia requeridas, y las funciones asignadas. Se subrayó que un nombramiento provisional debía efectuarse únicamente por orden del tribunal y por ninguna otra vía. Se preguntó si no habría casos en los que simplemente no se nombrara un representante de la insolvencia.

Párrafo 3: Condiciones que ha reunir el representante de la insolvencia

120. Se subrayó que, dado que sólo se conocía en algunos ordenamientos jurídicos este uso del término "fiduciario", no procedía emplearlo en el proyecto de guía, concepto que por lo demás estaba implícito en la referencia a deberes u obligaciones. Análogamente, la expresión "fit and proper" ("apropiado") se utilizaba en sólo algunos ordenamientos y podía confundirse con el concepto de aptitud; se dijo que esa expresión aludía a la buena reputación y falta de antecedentes penales de la persona, y no a su aptitud. Se observó que en algunos ordenamientos el método seguido para el nombramiento determinaría las condiciones que habría de reunir el representante de la insolvencia (por ejemplo, si iba a ser nombrado por los acreedores, tal vez habría de ser un acreedor). Se observó que en algunos ordenamientos jurídicos se regulaba la nacionalidad que debía tener el representante de la insolvencia y se planteó la cuestión de cómo debía enunciarse esta condición en una ley de la insolvencia.

Párrafo 5: Conflictos de intereses

121. Se propuso que el párrafo 180 del comentario se refiriera a "una relación anterior o existente" y se indicara en qué podría consistir, como, por ejemplo, cierto vínculo de propiedad o participación, anterior o existente, en el capital social de la empresa deudora, una relación comercial anterior con el deudor, o un mandato de representación del deudor (en el caso de un letrado). Se dijo asimismo que habría que precisar el grado de relación, por ejemplo, si pertenecía a la empresa que había representado al deudor o si miembros de su familia habían tenido alguna vinculación con el deudor. Otro ejemplo de un posible conflicto de intereses era cuando una ley impedía que un representante de la insolvencia que había sido nombrado en un procedimiento de reorganización fuera nombrado o siguiera en funciones si la reorganización se convierte en liquidación. Se señaló que el texto actual del párrafo exigía únicamente la divulgación de toda circunstancia que pudiera suponer un conflicto de intereses; el proyecto de guía tenía que ser más preciso y decir que el representante de la insolvencia no podría actuar como tal

cuando surgiera un conflicto de intereses o su independencia se viera mermada. En respuesta, se expresó cierta inquietud de que, salvo en algunos casos patentes, sería a menudo muy difícil determinar si había o no conflicto de intereses y que, siempre que se hubieran revelado las circunstancias debidamente, el nombramiento sería, por lo general, procedente. Otra opinión fue que la imparcialidad era imprescindible y no simplemente aconsejable y que, de ser procedente, se podría pedir al tribunal que se pronunciara al respecto. Se sugirió que todo representante designado tuviera la obligación de revelar posibles conflictos.

122. Otra solución contra la ausencia de imparcialidad o independencia podría ser la de prever ciertas sanciones o la de aplicar medidas que afectaran a la remuneración del representante de la insolvencia. Se observó que en algunos regímenes de insolvencia la divulgación era una condición *sine qua non* del nombramiento, de modo que, de surgir un conflicto ulterior, podrían imponerse sanciones.

Párrafo 5: Funciones

123. Se propuso incluir, en la sección correspondiente al resumen y las recomendaciones, las funciones enumeradas en el párrafo 173 del proyecto de guía, a fin de que las recomendaciones resultaran más claras y explícitas. Una opinión discrepante fue la de que dicha lista era demasiado larga, por lo que debería remitir, siempre que procediera, al resumen y a las recomendaciones o la lista debería acortarse, creando categorías generales que describieran las funciones enumeradas y distinguieran entre la liquidación y la reorganización. Para complementar la lista y dejar en claro que no tenía carácter exhaustivo, se propuso añadir al final la frase “toda otra función que determine el tribunal”. Otra sugerencia fue la de que la lista mencionara el cometido de administrar los negocios del deudor e impusiera al representante la obligación de comunicar a las autoridades toda conducta de carácter delictivo que llegara a su conocimiento. Se recordó asimismo que al tratar de los derechos y obligaciones del deudor, el Grupo de Trabajo había examinado cuestiones relacionadas con la marcha del negocio del deudor, entre ellas la supervisión y venta de bienes, que cabría mencionar en el párrafo 5.

Párrafo 6: Responsabilidad

124. Se insistió en la importancia de la responsabilidad en los procedimientos de insolvencia y se dijo que tal vez convendría tratarla más exhaustivamente a fin de tratar no sólo de toda conducta perjudicial durante el procedimiento (por parte del representante de la insolvencia, de los acreedores o de terceros), sino también de la responsabilidad en la propia insolvencia y de la responsabilidad de las autoridades encargadas de la designación y de terceros. Respecto del representante de la insolvencia, se destacó la vinculación entre la cuestión de la responsabilidad y el imperativo de nombrar a profesionales aptos para el cometido asignado y la conveniencia de que el procedimiento se llevara con prontitud y profesionalidad. En algunos regímenes se partía del supuesto de que el representante de la insolvencia actuaría con discernimiento comercial, por lo que correspondería al acreedor o a toda otra parte interesada la carga de probar que no había actuado de esa manera. Se señaló también que podían aplicarse distintos requisitos de prueba a distintos supuestos de impropiedad, como en el caso de negligencia simple o negligencia grave. Se dijo que en algunos regímenes se distinguía entre la responsabilidad del cargo de representante de la insolvencia y la responsabilidad personal de quien

desempeñaba la función, habiéndose previsto por ley la indemnización con cargo a la masa de la insolvencia para el supuesto de acciones entabladas contra el ejercicio indebido de esas funciones. Pese a ser cuestión tan delicada, se sugirió que, todo esfuerzo por lograr una mayor claridad del proyecto de guía, redundaría en provecho de la profesionalidad y corrección de conducta del representante. Una opinión contraria fue la de que estas precisiones debían enunciarse en una ley general que estableciera los códigos de deontología profesional y sancionara su quebrantamiento; el proyecto de guía debía limitarse a un enunciado general del tipo que figuraba en el párrafo 6.

125. A fin de abordar la cuestión de la responsabilidad, se observó que en el proyecto de guía se preveía la utilización de cauciones y seguros contra daños y perjuicios. Se subrayó que, si bien protegía la pérdida de bienes de la masa de la insolvencia, la caución generalmente sería insuficiente para cubrir los daños y perjuicios, función que cumpliría un seguro. Se reconoció que esta última solución podría no estar prevista en varios países y que habría que investigar otras soluciones.

Remuneración del representante de la insolvencia

126. Se opinó que el proyecto de guía debía tratar de la remuneración del representante de la insolvencia. Esa remuneración debía guardar proporción con la competencia profesional requerida y con la tarea que se le asignara, procurando recompensar adecuadamente su riesgo o dificultad, a fin de atraer a profesionales cualificados. Con respecto a la forma de calcularla, se indicaron varios métodos: podía fijarse según una escala de honorarios expedida por un organismo público o un colegio profesional, podía ser determinada por el conjunto de los acreedores, el tribunal o algún órgano administrativo o colegiado en ciertos casos, y podía calcularse en función de la cuantía de las deudas o de los bienes (que podrían tasarse únicamente al concluir el procedimiento, una vez vendidos y determinado su valor) de la masa de la insolvencia. En el proyecto de guía debían enumerarse esos métodos de cálculo y enunciarse claramente que había que reconocer la prioridad de la remuneración del representante de la insolvencia; además, un régimen de la insolvencia debía tratar el asunto y prever un mecanismo para fijar la remuneración.

127. Se señaló que cabía sufragar la remuneración con cargo a diversas fuentes. Cuando la masa de la insolvencia dispusiera de bienes no constituidos en garantía, cabía sufragar la remuneración con cargo a ellos; podía imponerse una carga sobre los bienes destinada a sufragar su administración o la venta de esos bienes cuando la administración redundara en provecho de los acreedores; o podía cobrarse una tasa de los acreedores que hubieran presentado una solicitud de apertura involuntaria a fin de sufragar como mínimo las costas iniciales del procedimiento y el desempeño de ciertas funciones básicas. Se trató también de la revisión de la remuneración que, si bien era ya objeto en parte de los párrafos 220 y 221 del comentario, debía tal vez abordarse directamente en la sección correspondiente al representante de la insolvencia, previéndose asimismo su revisión periódica en el curso del procedimiento. Esa revisión permitiría analizar y resolver los problemas a medida que fueran surgiendo (tal vez por arbitraje entre el representante de la insolvencia y los acreedores). Se dijo que debería relacionarse la cuestión de la masa desprovista de bienes (párrafos 175 y 176) con la de la remuneración, que se ampliaría para prever la utilización de procedimientos simplificados, si la masa carecía de bienes.

Párrafo 7: Motivos de destitución y sustitución

128. Se dijo que los motivos de destitución enumerados en el párrafo 7) eran demasiado restrictivos y debían ampliarse en función de lo que requiriera el procedimiento, por ejemplo, permitiendo la sustitución del representante de la insolvencia cuando se determinara que la persona designada no poseía las aptitudes requeridas para el caso. Se sugirió que al establecer los motivos de destitución del representante se indicara claramente el grado de diligencia que debía observar, por referencia ya sea a ciertos criterios de aptitud profesional o a algún otro factor, y que tal vez convendría ampliar los motivos de destitución enumerados para incluir todo acto ilícito del representante, su actuación en situaciones donde hubiera un conflicto de intereses y todo otro acto que justificara su destitución.

129. Se observó que, si bien el párrafo 7 preveía que los acreedores solicitaran del tribunal que destituyera al representante de la insolvencia, sucedía a menudo que los pequeños acreedores que intervenían en casos de elevada cuantía quedaran desprotegidos por no representar un interés económico suficiente en el procedimiento como para justificar los gastos que entrañaría presentar la solicitud ante el tribunal. Para subsanar esta dificultad cabría permitir el pago de los gastos con cargo a la masa de la insolvencia, si la solicitud prosperaba.

Párrafo 8: Designación de un sucesor del representante de la insolvencia

130. Si bien se expresaron reservas en cuanto a la inclusión de la última oración del párrafo, se reconoció que existían diversos criterios al respecto y que puesto que en algunos ordenamientos se dejaba la masa en manos del representante, sería preciso tratar la cuestión de su sucesión.

131. Se propuso incorporar el párrafo 8 como apartado del párrafo 7 y añadir otros motivos de sustitución y destitución, como el supuesto de enfermedad o cualquier otro por el que el representante de la insolvencia se viera obligado a cesar en sus funciones. Se propuso también que, en el supuesto de que el representante de la insolvencia fuera sustituido o destituido, se exigiera la entrega a su sucesor de los libros de contabilidad y expedientes, así como de toda otra información pertinente.

C. Financiación posterior a la apertura del procedimiento[5]

132. Sobre la financiación posterior a la apertura del procedimiento hubo acuerdo general en que el proyecto de guía previera disposiciones al respecto, pues puede ser muy importante facilitarla en caso de reorganización, venta de la empresa deudora como empresa en marcha o liquidación de los bienes del deudor, tomando en consideración los diversos criterios de prelación que se siguen en los distintos ordenamientos jurídicos.

Párrafo 1: Cláusula de finalidad

133. Se hicieron varias sugerencias sobre el enunciado de los fines para obtener fondos tras la apertura de un procedimiento. Se propuso que en el párrafo 1 se enunciaran como objetivos facilitar la obtención de fondos tras la apertura de un procedimiento para que la empresa del deudor pudiera seguir funcionando o salir adelante, mantener o incrementar el valor de los bienes del deudor, y proteger

[5] Ibíd., párrs. 187 a 191 y síntesis y recomendaciones conexas.

debidamente a personas que facilitaran esos fondos o a aquéllas cuyos derechos se vieran afectados por el suministro de los fondos. A este respecto, se sugirió que se enunciara como finalidad de las disposiciones ofrecer prelación en el cobro para alentar la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento sin que ello perjudicara los derechos de los acreedores. Se sugirió además que el proyecto de guía aclarara que la decisión de conceder fondos tras la apertura se hiciera extensiva a la concesión de créditos comerciales.

Párrafo 2: Disponibilidad de fondos tras la apertura del procedimiento

134. Se sugirió que el párrafo 2 no sólo reconociera la necesidad de las empresas deudoras de obtener fondos tras la apertura del procedimiento sino que también debería tratar de conseguir que se decidiera lo antes posible si había motivos que justificaran la concesión de más fondos a una empresa insolvente o si, por el contrario, tal empresa debiera liquidarse, ya que ésta era, de hecho, la decisión más importante. Se observó que en el párrafo 191 del comentario se recordaba que en el 24º período de sesiones del Grupo de Trabajo se había examinado la conveniencia de diferenciar las fases del proceso de insolvencia a la hora de conceder fondos. Se observó que la obtención de más crédito entre la solicitud y la apertura del procedimiento podía tener mucha importancia para mantener la empresa en marcha. Como ejemplo se señaló que se podría conceder nuevo crédito si se comprobaba que ese crédito era “indispensable” para el deudor. Se sugirió que, para conceder crédito durante ese período se hiciera una distinción entre los procedimientos voluntarios y los no voluntarios; cuando el procedimiento fuera involuntario, se sugirió que no procediera examinar la cuestión hasta la apertura de dicho procedimiento. Se expresó la opinión de que la financiación posterior a la apertura era también importante, por razones similares, durante el período que mediaba entre la apertura del procedimiento y el examen de un eventual plan de reorganización. Una vez aprobado el plan, la concesión de fondos debía regularse en el propio plan.

135. En el contexto de la liquidación, se sugirió que la concesión de fondos no se limitara a los supuestos en que debiera venderse la empresa como empresa en marcha sino que se otorgara crédito de manera más general para asegurar el pago de los sueldos o la renovación de las pólizas de seguros, los alquileres, el mantenimiento de los contratos y el pago de otras deudas que pudiera permitir mantener la empresa en marcha o proteger el valor de los bienes.

136. Además de hacer una distinción entre las etapas del proceso en que pudieran requerirse más fondos, se sugirió que también se diferenciara entre los órganos que podrían autorizar esos créditos. Antes de la aprobación del plan, podría facultarse al representante de la insolvencia para autorizar la concesión de fondos, pero una vez aprobado el plan, esta decisión podría estar sujeta a la supervisión de los acreedores o del tribunal. Se observó que la decisión de limitar la posibilidad de conceder fondos tras la apertura del procedimiento y de requerir su autorización tenía la finalidad de evitar que se perjudicara a los acreedores y que debería aclararse en el proyecto de guía que la concesión de nuevos créditos no debería ir en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados. En cualquier caso, se sugirió que el requisito de autorización se vinculara a los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar la concesión de esos nuevos fondos o a los beneficios que pudieran derivarse de ella y que únicamente esas partes afectadas tuvieran derecho a formular objeciones o a ser escuchadas.

Párrafo 3: Facultades del representante de la insolvencia

137. Se hicieron cierto número de sugerencias respecto al contenido del párrafo 3. Como punto de partida, se expresó el parecer de que se debería ampliar el alcance del párrafo 3 a fin de facultar al representante de la insolvencia para obtener financiación posterior a la apertura del procedimiento si se estimaba que ello era necesario para preservar o elevar el valor de los bienes y no meramente para asegurar la marcha ininterrumpida de la empresa, como se indicaba en el texto actual del proyecto.

138. Se expresó el parecer de que el texto actual de párrafo 3 confería facultades demasiado amplias al representante de la insolvencia para adoptar decisiones como la de autorizar operaciones de financiación y constituir bienes de la masa en garantía con posterioridad a la apertura de un procedimiento. Se observó en general que en muchos de sus ordenamientos esas decisiones competían únicamente al tribunal, y no al representante de la insolvencia, aunque se señaló que el tribunal tendría que fiarse en última instancia de la información facilitada por el representante de la insolvencia en cuanto a la necesidad de obtener financiación adicional. Siendo ese el caso, exigir que el tribunal intervenga sólo sirve para añadir un nuevo trámite al proceso. En cuanto a la constitución de bienes en garantía, se sugirió que eso sólo suscitaría problemas si el crédito obtenido no se reembolsaba. Desde otra perspectiva, se dijo que prever en el proyecto de guía la pronta intervención del tribunal en las decisiones de financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento obraría en aras de la transparencia del procedimiento y podría inspirar mayor confianza al prestamista eventual. A fin de resolver esta divergencia de pareceres, se sugirió que cabría tal vez fijar un umbral por encima del cual sería necesario obtener una autorización, o que esa autorización sería únicamente necesaria en supuestos en los que se hubieran formulado objeciones a las propuestas del representante de la insolvencia para obtener financiación adicional.

Párrafo 4: Prelación

139. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que la cuestión de la prelación que debería otorgarse a la financiación obtenida con posterioridad a la apertura del procedimiento no era asunto que pudiera decidir el representante de la insolvencia sino que era una cuestión que habría de resolverse en el régimen legal de la insolvencia. Como criterio general, se sugirió que se diera a toda nueva financiación obtenida el rango de prelación correspondiente a los gastos de administración, aun cuando se observó que se habría de alentar a los proveedores de bienes y servicios al negocio objeto del procedimiento a seguir efectuando sus suministros, por lo que se les habría de pagar por esos suministros con anterioridad a los acreedores garantizados. Respecto de los bienes y servicios, se observó también que la referencia a “crédito” (financiero) era demasiado estrecha, por lo que convendría darle mayor alcance. Se observó que el párrafo 4) debería recomendar a aquellos países, que otorgaban una prelación más elevada a ciertas categorías de créditos (tales como al sueldo de los empleados) que a los créditos de la administración o de los acreedores no garantizados, que establecieran o al menos mencionaran esa prelación en el régimen de la insolvencia.

Párrafo 5: Regulación de las garantías existentes

140. Al comienzo de las deliberaciones sobre este párrafo se sugirió que convendría aclarar la diferencia entre los párrafos 4 y 5; el párrafo 4 no se ocupaba de los bienes ya constituidos en garantía, mientras que el párrafo 5 se ocupaba únicamente de ese tipo de garantías. Se expresó el parecer de que puesto que no era probable que un acreedor que gozara de una garantía real consintiera en que se concediera a otro acreedor prelación respecto del mismo bien constituido en garantía, el párrafo 5 otorgaba implícitamente a los beneficiarios actuales de una garantía real un derecho de veto contra esa forma de financiación que podría desembocar en la liquidación de la empresa, al crear un obstáculo para la obtención de financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento. En sentido contrario, se dijo que en algunos ordenamientos los acreedores garantizados otorgarían esa prelación, dado que ello obraría en su propio provecho al facilitar la reorganización de la empresa, evitar litigios ante los tribunales y mejorar sus propias perspectivas de ser pagados. Se sugirió que esa divergencia de enfoques dependería tal vez de si el acreedor garantizado gozaba de alguna vía para obtener la ejecución de su garantía al margen del procedimiento de insolvencia.

141. Se observó que en algunos ordenamientos, el tribunal podría otorgar esa prelación si juzgaba que el acreedor garantizado gozaba de un margen de garantía suficiente sobre los bienes de la empresa para no sufrir daño alguno imputable al hecho de que se otorgara prelación a la financiación obtenida con posterioridad a la apertura del procedimiento. En otros ordenamientos, el tribunal habrá de cerciorarse de que se cumplen ciertos requisitos adicionales como el de dar al acreedor garantizado aviso previo y la oportunidad de ser oído por el tribunal y que el deudor demuestre que no le es posible obtener la financiación requerida por ningún otro medio y que los derechos del acreedor garantizado quedarían debidamente amparados. Otro parecer fue el de que el párrafo 5 enunciara como principio general que toda garantía real existente no debería verse afectada por las garantías que se otorgaran con posterioridad a la apertura sin el consentimiento de aquellas partes en el procedimiento que gozaran de una garantía real. Se opinó al mismo tiempo que el proyecto de guía debería indicar otras vías alternativas para obtener financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento para el supuesto de que los acreedores garantizados denegaran su consentimiento. Se sugirió además que la cuestión de los requisitos de forma del consentimiento, que se había de obtener, quedara al arbitrio de las normas generales de derecho interno por lo demás aplicables, por lo que el proyecto de guía no debería ocuparse de ella.

D. Comités de acreedores[6]

Párrafo 1: Cláusula de finalidad

142. Se sugirió que las disposiciones relativas a los comités y juntas de acreedores se ocuparan como mínimo i) de facilitar la intervención de la junta general de acreedores por vía de representación y ii) de prever las modalidades del nombramiento y la índole de las funciones del comité.

[6] Ibíd., párrs. 192 a 212, y síntesis y recomendaciones conexas.

Párrafo 2: Nombramiento del comité de acreedores

143. El Grupo de Trabajo convino en que la presencia de un comité de acreedores contribuiría a la transparencia del procedimiento, por lo que se debería alentar a que se nombrara un comité y se le dotara de una función eficaz. Por consiguiente, se sugirió sustituir las palabras "puede establecerse" por "se establecerá". Según otro parecer lo importante era que el comité representara a los acreedores y no que facilitara la dirección del procedimiento.

144. Pese a que los participantes se mostraron de acuerdo con los rasgos generales del texto de la disposición, se expresaron diversos pareceres tendientes a que se evitara la utilización de los términos, "representación" y "representar". Se observó que en muchos ordenamientos ese término evocaría ciertos dispositivos y efectos jurídicos que no cabría aplicar al comité de acreedores. Se sugirió por ello utilizar un lenguaje más neutro que diera, no obstante, la idea de la representación, expresándose en términos como los de "para los fines de relacionarse con el representante de la insolvencia y el tribunal en el curso del procedimiento".

145. Se observó que era probable que diversas categorías de acreedores tuvieran intereses distintos y tal vez conflictivos, por lo que tal vez no procediera que participaran, en pie de igualdad, en un único comité de todos los acreedores. Además, dado que la porción más importante de la deuda, en función tanto de su cuantía como del número de acreedores, estaría probablemente en manos de acreedores garantizados, era también probable que todo órgano unitario dejara que esta categoría prevaleciera sobre la de los acreedores ordinarios, tanto si el derecho de voto se otorgaba en función de la cuantía de los créditos como si se otorgaba en función del número de acreedores. Por consiguiente, a fin de preservar la índole representativa del órgano y la eficacia de su funcionamiento, convendría establecer distintos órganos para cada categoría de acreedores. Se observó además que podrían darse procedimientos de poca envergadura en los que los acreedores se mostraran reacios a formar parte de un órgano o en el que la cifra de acreedores no justificara la necesidad de formar un comité, en cuyo caso la junta general de acreedores podría desempeñar las funciones normalmente atribuidas a un comité.

Párrafo 3: Funciones del comité de acreedores

146. Pese a ciertas diferencias que se daban entre los diversos ordenamientos, el Grupo de Trabajo convino en que se debería definir y describir claramente las dos funciones normalmente atribuibles a un comité de acreedores, así como los deberes que esas funciones podían conllevar. Se expresó interés por que el comité estuviera facultado para representar y defender activamente el punto de vista de los acreedores, sin ser obstaculizado en ese cometido por el representante de la insolvencia, y sin otro límite que el que le fuera impuesto por el tribunal. Respecto de la redacción del texto, se sugirió que la referencia en el texto inglés al asesoramiento "pericial" o "especializado" del comité no correspondía a la índole general de la función consultiva que cabía esperar del comité por lo que debería suprimirse.

147. Se sugirió sustituir en la última oración las palabras "le encomiende" por "en cooperación con" a fin de reflejar más adecuadamente la relación existente entre el comité de acreedores y el representante de la insolvencia. Por razones similares se sugirió que el proyecto de guía a) aclarara que, con arreglo a algunos ordenamientos, el comité actuaría bajo el control y en colaboración directa con el tribunal y b) definiera todo mecanismo, de existir alguno, del que se dispusiera para solucionar conflictos entre el comité y el representante de la insolvencia.

Párrafo 5: Composición del comité de acreedores y selección de sus miembros

148. Respecto del orden de las recomendaciones, se observó que lo relativo a la estructura del comité debería abordarse con anterioridad a sus funciones, por lo que convendría invertir el orden entre los párrafos 3 y 5.

149. A título de observación general, se dijo que el proyecto de guía debería aclarar la distinción entre el comité de acreedores, por una parte, cualquiera que fuera la estructura o las prerrogativas que se le otorgaran en algunos ordenamientos, y la junta general de los acreedores, por otra, y que los poderes y funciones que se atribuyeran al comité no deberían menoscabar en modo alguno los derechos de que, por lo demás, gozaran los acreedores para actuar o participar en bloque o como junta general en el procedimiento de insolvencia.

150. Se expresó apoyo por el parecer de que se limitara el número de los acreedores que podían participar en el comité, a fin de preservar su eficiencia operativa. Se apoyó la propuesta de excluir del comité a todo acreedor con algún conflicto de intereses, a fin de salvaguardar la independencia de dicho órgano. A ese respecto, se observó, no obstante que esa exclusión se aplicara no sólo a los acreedores de algún modo allegados al deudor sino a todo acreedor que tuviera algún interés personal que pudiera afectar a su imparcialidad en el desempeño de las funciones del comité, como pudiera ser su condición eventual de competidor del deudor.

151. Se expresó apoyo por el parecer de que el proyecto de guía señalara el mecanismo para el nombramiento del comité que podría, tal vez, hacerse por elección en la junta general de acreedores o por nombramiento del tribunal, y que previera la sustitución de todo miembro del comité que careciera de las aptitudes requeridas o cuya actuación adoleciera de falta de eficacia o diligencia. Se observó, no obstante, que algunos ordenamientos limitaban la sustitución de los miembros del comité de acreedores a supuestos de grave negligencia y que la imposición de criterios más estrictos podría dar lugar a que los acreedores se mostraran reacios a participar en el comité.

152. La referencia en la primera oración del párrafo a la “voluntad de participar” parecía ociosa, dado que era inconcebible que se designara como miembro del comité a un acreedor que no deseara actuar en el mismo.

Párrafo 4: Nombramiento de especialistas o peritos

153. El Grupo de Trabajo convino en que competía al tribunal, y no al representante de la insolvencia, la aprobación del recurso a peritos o especialistas a instancia del comité de acreedores. Se observó que estatuir que el comité de acreedores respondería ante el tribunal, y no ante el representante de la insolvencia, era un factor importante para salvaguardar la independencia de ese órgano. Se sugirió además que, entre otras cosas, se mencionaran las ventajas económicas que cabría esperar del nombramiento y la participación de un perito o especialista en el procedimiento.

Párrafo 6: Deberes y responsabilidad de los miembros del comité de acreedores

154. Prevaleció el parecer de que no era necesario mencionar expresamente el deber de todo miembro del comité de acreedores de actuar de buena fe, dado que la buena fe sería aplicable, a título de principio general del derecho, al cumplimiento de todo deber. Se insistió de nuevo en la conveniencia de no imponer normas de conducta demasiado estrictas sobre los miembros del comité, con el fin de no desalentar a los acreedores de participar en el mismo.

155. Se reiteró también la sugerencia de que se excluyera explícitamente del comité a todo acreedor que tuviera algún conflicto de intereses en la materia. Se observó que esta cuestión sería de particular importancia respecto de todo crédito vendido en el mercado secundario con posterioridad a la apertura del procedimiento, ya que el titular de ese crédito podría tener intereses divergentes de los de los acreedores originarios. Se sugirió, a ese respecto, que si un miembro del comité vendía su crédito, el comprador de ese crédito no debería sucederle automáticamente como miembro del comité de acreedores, sino que su participación debería quedar supeditada a que el nuevo acreedor cumpliera con todos los requisitos que fueran del caso.

156. Se estimó que la referencia a una "obligación fiduciaria" de los miembros del comité, ante los acreedores o ante los accionistas o propietarios de la empresa deudora, daría lugar a errores de interpretación o malentendidos en algunos ordenamientos. Se sugirió, por ello, que se sustituyera por términos más neutros que evocaran la responsabilidad eventual de los miembros del comité. Según otro parecer, la última oración del párrafo, por la que se excluía todo deber del comité de acreedores frente a los accionistas o propietarios de la empresa deudora, no reflejaba adecuadamente algunos supuestos que se daban en el marco de una reorganización por la que se reportara algún provecho a los accionistas o propietarios y en el que se debería mencionar la excepción de la que dispondría todo acreedor que tuviera algún interés económico en el resultado del procedimiento.

Párrafo 7: Proceso decisorio en el marco del comité de acreedores

157. Si bien se sugirió que tal vez no procediera que el proyecto de guía recomendara alguna fórmula de votación para el comité, se expresó apoyo para el parecer de que se obligara al comité de acreedores a establecer algún estatuto o reglamento por el que se rigiera su proceso decisorio y su funcionamiento, que previera tal vez reglas distintas para decisiones de diversa categoría. Se observó, por ejemplo, que cabría encomendar al comité de acreedores la tarea de negociar, en nombre de la junta general, un plan y que su decisión sobre si se había de presentar determinado plan a la junta requeriría una mayoría distinta que otras decisiones adoptadas por el comité. Se sugirió al respecto que, al fijar los porcentajes que habría de reunir un voto para ser mayoritario, en cada supuesto, se evitara establecer el requisito de la unanimidad, ya que ello obstaculizaría el funcionamiento del comité y restaría, en última instancia, flexibilidad al procedimiento. En sentido contrario, se sugirió suprimir esa disposición, dada la diversidad de soluciones que cabría dar, a ese respecto, en cada ordenamiento.

158. Se observó que el párrafo 7 se ocupaba únicamente de las decisiones que fueran de la competencia del comité de acreedores, pero que no tenía por objeto hacer que esas decisiones fueran vinculantes para la junta general de acreedores o afectar en modo alguno a las facultades de la junta, tales como al poder que le incumbía en la aprobación de todo plan de reorganización. A ese respecto, se reiteró que los poderes del comité de acreedores dimanaban de los poderes conferidos a la junta general de acreedores como tal. Se sugirió que se reflejara la relación entre la junta general de acreedores y el comité de acreedores en la estructura de las recomendaciones, invirtiendo el orden de los párrafos dedicados, respectivamente, a la junta general (párrafo 8 actual) y al comité de acreedores.

Párrafo 8: Votación en la junta general de acreedores

159. Sin menoscabo de la decisión anteriormente enunciada respecto del orden de los párrafos, se sugirió que se previera, en la recomendación relativa a la junta general de acreedores, la imposición de una regla de la mayoría proporcionalmente distinta para decisiones de distinta categoría. Si bien cabría aplicar la regla de la mayoría simple a sus decisiones ordinarias, convendría imponer la regla de una mayoría cualificada para sus decisiones más importantes, como toda decisión relativa al representante de la insolvencia o a la financiación que se fuera a obtener con posterioridad a la apertura del procedimiento.

160. Predominó el parecer de que convendría tratar de las facultades y del funcionamiento de la junta general de acreedores en una sección aparte del proyecto de guía, tal vez en un capítulo destinado a las cuestiones relativas a los acreedores.

E. Presentación de créditos por los acreedores y su tratamiento[7]

Párrafo 1: Cláusula de la finalidad

161. Se apoyó en general la finalidad propuesta para las disposiciones relativas al tratamiento de los créditos presentados por los acreedores descrita en el párrafo 1 del resumen y las recomendaciones. Se sugirió que el apartado d) funcionaría mejor como cláusula descriptiva de la finalidad en la sección relativa al orden de prelación para la distribución del producto de la masa (capítulo V.A).

162. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que había que ofrecer otras opciones en el apartado a) del párrafo 1, para dar a entender que el examen de los créditos no era cometido exclusivo del representante de la insolvencia.

163. Se consideró que era inapropiada la referencia a “mecanismos de apelación” en el apartado b) del párrafo 1 y en otros párrafos de la sección correspondiente al resumen y las recomendaciones. Habida cuenta de que en varios ordenamientos la frase denotaba un recurso procesal preciso; hubo consenso en emplear en su lugar términos más neutros, como “recurso judicial” o vía de recurso.

164. Se propuso mencionar en el apartado c) del párrafo 1 otras categorías similares de créditos, como los créditos objeto de controversia, condicionales o no monetarios, siempre que no se pretendiera dar carácter exhaustivo a dicha lista.

Párrafo 2: Tratamiento de los créditos de acreedores extranjeros

165. Se propuso alinear el texto de la disposición con la terminología utilizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, donde la distinción entre acreedores nacionales y extranjeros se funda en el lugar de residencia y no en la nacionalidad.

166. A fin de salvaguardar la igualdad de trato que se ha de dar a los acreedores extranjeros, el Grupo de Trabajo convino en que la notificación del procedimiento debía indicarse explícitamente no sólo el plazo establecido para la presentación de créditos, sino también todo otro trámite y requisito formal que correspondiera, siempre y cuando su determinación se hiciera conforme al derecho interno. Sin embargo, se objetó que el tratamiento en pie de igualdad de los acreedores

[7] Ibíd., párrs. 213 a 252, y síntesis y recomendaciones conexas.

extranjeros podría verse frustrado si se exigía la comparecencia del acreedor ante el representante de la insolvencia, razón por la cual se debía desaconsejar este requisito.

167. Una sugerencia, que redundaría en beneficio de los acreedores extranjeros en particular, fue que en la notificación se indicase si el valor del crédito se determinaría en función del momento de la presentación de la solicitud o del momento de la declaración de apertura del procedimiento, dado que ese momento pudiera incidir en la tasa de conversión de la moneda en que estaba denominado el crédito.

Párrafos 3 y 5: Presentación de los créditos

168. El Grupo de Trabajo convino en que la cuestión del plazo de presentación de los créditos de que se hablaba en el párrafo 3 se trataba también en la primera oración del párrafo 5 y que, por lo tanto, correspondía examinar juntas ambas disposiciones.

169. Se apoyó la propuesta de que se instara a los legisladores nacionales a estatuir que los créditos se presentaran sea dentro de cierto plazo a partir de la apertura del procedimiento, o en algún momento previo a la distribución. Se señaló que la ley debería mencionar y definir explícitamente las consecuencias que traería aparejadas el incumplimiento del plazo establecido, puesto que existían diversas opciones, como la de relegar o supeditar esos créditos. Con objeto de destacar que el régimen de la insolvencia debía prever sanciones, se sugirió sustituir en el párrafo 3 las palabras “podrán presentarse” por “se presentarán”. Se propuso asimismo que el régimen de la insolvencia tratara de los créditos subordinados por vía contractual.

170. Se dijo también que no era el régimen de la insolvencia sino otras leyes nacionales pertinentes las que debían determinar el trato procesal o sustantivo que se daría a un crédito que no se presentara en el curso del procedimiento. Si bien cabría aceptar la pérdida de todo crédito no presentado en el supuesto de que el régimen de la insolvencia previera la liberación del deudor al clausurarse el procedimiento, el hecho de que no se presentara un crédito no afectaría en modo alguno a la ejecutoriedad de dicho crédito o de la parte no cobrada a resultas del procedimiento, conforme a la normativa general de derecho sustantivo y procesal aplicable, una vez concluido el procedimiento de insolvencia. Una propuesta similar fue la de que la cuestión se tratara en el contexto de la liberación o reestructuración de deudas y créditos, que se abordaba en el párrafo 298 del comentario. También se sugirió que los créditos, incluidos los de los acreedores garantizados, se presentaran al principio del procedimiento, a fin de que el deudor y el representante de la insolvencia pudieran determinar el alcance de los créditos presentados contra la masa antes de la apertura.

171. Suscitó preocupación la última oración del párrafo, por la que se establecía que un acreedor garantizado sólo tendría que presentar su crédito si había hecho entrega del bien constituido en garantía o cuando ésta no cubriera plenamente el importe del crédito. Se señaló que el hecho de supeditar la presentación del crédito a que el valor del crédito fuera superior al importe de la garantía podría generar incertidumbre, habida cuenta de que la valoración podía hacerse según distintos parámetros (por ejemplo, valor de liquidación o valor de mercado) y en momentos diferentes. Se dijo además que la obligación de presentar un crédito debía incumbir a todos los acreedores, estuvieran o no amparados por una garantía, a fin de que el

representante de la insolvencia tuviera conocimiento de todos los créditos garantizados y la cuantía de la deuda pendiente. Según otro parecer cabría omitir el trámite de la presentación de los créditos garantizados únicamente si su garantía estaba inscrita en un registro público. El Grupo de Trabajo acordó que debía recomendarse en el proyecto de guía que el régimen de la insolvencia enunciara claramente el régimen aplicable a los acreedores garantizados en lo relativo a la presentación de sus créditos.

172. Se expresó la inquietud de que la referencia a la presentación de créditos "contra la masa" que figura en la primera frase del párrafo 5 resultaría equívoca, pues podría sugerir la necesidad de presentar todo crédito adquirido por concepto de deudas contraídas por la masa con posterioridad a la apertura del procedimiento. En respuesta, se aclaró que el párrafo 5 tenía por objeto regular la presentación de créditos nacidos con anterioridad a la apertura, por lo que se debía suprimir las palabras "contra el patrimonio de la insolvencia".

173. Se sugirió que la referencia al trato que se había de dar a los acreedores extranjeros, que puede verse en la tercera frase del párrafo, se configurara en forma de párrafo aparte.

Párrafo 4: Lista de acreedores y descripción de los créditos

174. Se expresó la opinión de que el deudor debía prestar asistencia al representante de la insolvencia en la preparación de la lista de acreedores, como aspecto importante de su deber general de cooperar en el procedimiento de insolvencia, tanto si se ha previsto la liquidación del negocio como si se ha previsto su reorganización. Se observó que en algunos ordenamientos jurídicos la presentación de una lista de acreedores constituía un requisito previo para la presentación de una solicitud voluntaria.

175. Se expresaron varias opiniones respecto de las consecuencias que podría tener para los acreedores que el deudor no les incluyera en la lista. Se sugirió al respecto, que el proyecto de guía aclarara que toda lista, preparada por el deudor o por el representante de la insolvencia a la luz de la información recibida del deudor en el momento de la apertura, estaría sujeta a revisión y enmienda en una etapa ulterior del procedimiento. El Grupo de Trabajo convino, al respecto, en que se debía mantener la lista bajo el control del representante de la insolvencia y, en último término, del propio tribunal.

176. Se planteó la cuestión de si un acreedor debería presentar su crédito cuando el deudor hubiera presentado una lista en la que se admitiera ese crédito. Se indicó que dar por admitido un crédito sobre esta base entrañaría el riesgo de que el deudor utilizara sus facultades para reconocer una o más deudas en detrimento del trato equitativo de los acreedores.

Párrafo 6: Exclusión de créditos

177. Como observación general, se aclaró que correspondía al derecho sustantivo y procesal general, y no al régimen de la insolvencia o al representante de la insolvencia, determinar qué créditos debían ser excluidos. Se sugirió que el representante de la insolvencia considerara que todo crédito pendiente debía figurar en la lista, si así lo disponía el derecho sustantivo y procesal aplicable. Como cuestión de redacción, se sugirió suprimir la palabra "podrán", que podría dar

erróneamente a entender que el representante de la insolvencia gozaba de facultades discrecionales respecto de dichos créditos.

178. Se consideró inapropiado el ejemplo de las deudas de juego, porque el tratamiento de los juegos de azar era distinto según el derecho sustantivo aplicable en los diversos ordenamientos jurídicos. Se sugirió que los tributarios extranjeros se trataran de manera coherente con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

179. Se expresaron varias opiniones sobre la conveniencia de que en el proyecto de guía se regulara el tratamiento de ciertas categorías de créditos, incluidas a) las multas u otros créditos (administrativos) que cabría excluir del procedimiento de la insolvencia por el hecho de que su cuantía resultara excesiva para la masa; b) los créditos aún no vencidos a la apertura del procedimiento; c) las penas contractuales por concepto de daños; d) los créditos por cuantía indeterminada en el momento de la apertura, como los créditos por concepto de responsabilidad civil o extracontractual o los créditos contingentes por violación de las normas de protección ambiental; y e) las demandas impugnadas.

180. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en el proyecto de guía se abstuviera de presentar una lista de los créditos excluidos, y recomendara, en su lugar, que estos créditos se mencionaran y definieran con claridad en la legislación nacional.

Párrafo 7: Prueba de un crédito

181. En cuanto al derecho del acreedor a presentar prueba de su crédito mediante simple declaración o una declaración jurada, se expresó la opinión de que este enfoque constituiría una excepción a la regla general por la que todo acreedor deberá presentar prueba adecuada del crédito presentado, cuestión que se debe regir, más bien, por el derecho procesal interno. Otra opinión fue la de que esta disposición, si se conservaba, debía complementarse con una indicación de los supuestos que darían lugar a su aplicación. Aun otra opinión fue la de que el destinatario de toda declaración o declaración jurada por la que se tratara de probar un crédito sería el tribunal y no el representante de la insolvencia.

182. Se observó que no todos los ordenamientos reconocían el valor probatorio de una declaración jurada o de índole similar. Se señaló, además, que, como medio de prueba, la declaración jurada resultaba cara y por lo tanto se utilizaba cada vez menos, incluso en los países en donde se admitía. Como observación general, se recordó al Grupo de Trabajo que mientras más detallado fuera el proyecto de guía, particularmente en cuestiones de índole procesal, menos aceptable resultaría para muchos ordenamientos jurídicos. Así pues, se propuso que se diera mayor latitud a la disposición, permitiendo que el acreedor presentara pruebas de su crédito por escrito sin necesidad de comparecer personalmente ante el representante de la insolvencia ni ante el tribunal. Al respecto, se reiteró que se diera a los acreedores directrices concretas sobre la forma de presentar pruebas de sus créditos, así como sobre cualquier otro requisito procesal aplicable, al dárseles aviso de la apertura del procedimiento.

183. Otra sugerencia fue la de que se sancionara expresamente la presentación de créditos desprovistos de todo fundamento.

Párrafo 8: Admisión y rechazo de los créditos presentados

184. Respecto de la cuestión de la admisión de créditos, hubo acuerdo en que su admisión no debería ser automática, sino que debería mediar una decisión del representante de la insolvencia. Por consiguiente, debería suprimirse la referencia a los créditos que podrán admitirse automáticamente que aparece en la primera oración del párrafo. Se expresó cierto apoyo por la sugerencia de que en el proyecto de guía se recomendara que el representante de la insolvencia adoptara su decisión con prontitud, especialmente si el crédito se presentaba respaldado por la oportuna documentación. No se respaldó el parecer de que se procediera, a título de excepción, a la admisión automática de los créditos inscritos en un registro público, ni que se estableciera una distinción basada en la ejecutoriedad inmediata de algunos créditos.

185. Otra inquietud fue la de que no procedía fiarse de los libros o documentos contables, puesto que era poco probable que esos libros se llevaran como es debido, al menos en lo referente a los libros del deudor. Se observó que la referencia a la documentación contable podría hacerse extensiva a la del acreedor y que esta documentación podría ser utilizada para fines probatorios conforme al régimen general de la prueba que fuera por lo demás aplicable, con tal de que la admisión de los créditos estuviera siempre supeditada a la aprobación al respecto del representante de la insolvencia. Se sugirió que la decisión de admitir o rechazar un crédito que había de adoptar el representante de la insolvencia se vería facilitada si ese crédito aparecía claramente respaldado por la documentación contable.

186. Respecto del derecho de todo interesado a recurrir contra la admisión o rechazo de un crédito, de que se hablaba al final de la primera frase del párrafo 8, no obtuvo apoyo el parecer de que la mención de ese derecho constituyera una incitación a litigar. Se expresó apoyo a favor de que pudieran recurrir contra esas decisiones no sólo los acreedores o el representante de la insolvencia, sino cualquier otra parte interesada, tales como los acreedores cuyos créditos fueran objeto de contestación, el comité de acreedores y el propio deudor. A ese respecto, se hizo la aclaración de que todo acreedor cuyo crédito hubiera sido admitido gozaba de un derecho a recurrir contra la admisión de todo otro crédito. Se sugirió además que se dieran ciertos pormenores procesales en la Guía respecto de la vía de recurso que se había de seguir en ese supuesto, previéndose incluso la posibilidad de que el tribunal hubiera de entender de ese recurso.

Párrafo 9: Admisión provisional de créditos

187. El Grupo de Trabajo convino en que, puesto que esa admisión provisional de créditos pudiera tener un notable impacto sobre el procedimiento, especialmente en el supuesto de que se confiriera un derecho de voto a todo acreedor cuyos créditos fueran admitidos a título provisional, esta cuestión debería ser atentamente examinada por el proyecto de guía.

188. Se expresaron diversos pareceres sobre el alcance de las diversas categorías de créditos mencionadas en el párrafo 9 como susceptibles de admisión provisional. Se convino en que el proyecto de guía aclarara si a) la noción de “créditos de cuantía indeterminada” se refería también a los créditos no monetarios; y si b) la noción de “créditos impugnados” se refería a créditos que fueran objeto de un litigio en curso entablado al margen de la insolvencia, o si se trataba de créditos cuya legitimidad fuera cuestionada en el marco del procedimiento de insolvencia.

189. Se expresó apoyo porque se admitieran provisionalmente los créditos condicionales, los créditos contingentes y los créditos que no hubieran vencido al declararse la apertura del procedimiento. Respecto de estos últimos, se aclaró, no obstante, que su admisión no debería hacerse sobre la base del valor nominal del crédito, sino también sobre la base de toda deducción que procediera por el período aún pendiente para que el crédito venciera.

190. En aras de la claridad, se expresó apoyo por la propuesta de que el proyecto de guía examinara en general la cuestión de las condiciones que habrían de reunir los créditos para su reconocimiento o admisión, dedicando cierto espacio al examen de aquellos créditos que, pese a la carencia de algún rasgo o criterio requerido, pudieran ser admitidos a título provisional. Se observó además que cada una de las categorías mencionadas en el párrafo 9 suscitaba diversas cuestiones de índole sustantiva y procesal que convendría tal vez abordar en el proyecto de guía.

191. Se apoyó firmemente el criterio de que la decisión inicial sobre la admisión provisional de un crédito incumbía en primer lugar al representante de la insolvencia y no al tribunal, sin perjuicio de que toda parte disidente recurriera contra esa decisión ante el tribunal. A fin de agilizar el procedimiento, se sugirió que el proyecto de guía adoptara, como principio general, el criterio de que el tribunal sólo debía intervenir en supuestos en los que su actuación fuera estrictamente necesaria.

192. Respecto de los efectos de toda admisión provisional, prevaleció el parecer de que el proyecto de guía debería señalar los derechos de que gozaría todo acreedor cuyo crédito hubiera sido admitido a título provisional. Una sugerencia fue la de que esos derechos quedaran limitados al derecho de ser oído por el tribunal. Se opinó que un acreedor admitido a título provisional no debería gozar, en ningún supuesto, de un derecho a participar en la distribución del producto de la masa.

193. Respecto del derecho a recurrir contra la valoración de un crédito, se observó que ese derecho guardaba relación con el derecho a recurrir previsto en el párrafo 8 y que tal vez conviniera resolver una y otra cuestión en una única disposición. Si bien se reconoció que el párrafo 9 no trataba de dar soluciones respecto del procedimiento a seguir para esa valoración, se sugirió que tal vez convendría que el proyecto de guía se ocupara de esta cuestión y señalara criterios adecuados.

Párrafo 10: Efectos de la admisión de un crédito

194. A título de observación preliminar, se observó que el texto actual del encabezamiento del párrafo sugería que todos los derechos de los acreedores estaban supeditados a la admisión de sus créditos. Este resultado no cuadraba con el derecho de todo acreedor que hubiera presentado un crédito a participar en la primera reunión de acreedores y, por consiguiente, convendría enmendar el texto en ese sentido.

195. Respecto del alcance del párrafo, se sugirió que se aclarara que la referencia a reuniones de acreedores se hacía a la junta general de acreedores, por lo que todo acreedor cuyo crédito hubiera sido admitido gozaría de todos los derechos y cometidos de ese órgano, y no simplemente del derecho de voto. Se expresó apoyo general porque esos derechos y cometidos incluyeran al menos los siguientes: a) la aprobación o el rechazo del plan de reorganización; b) la elección del comité de

acreedores; y c) el derecho a prestar asesoramiento para el nombramiento del representante de la insolvencia.

196. Se hicieron otras sugerencias sobre el poder de la junta general de acreedores para decidir sobre las siguientes cuestiones: a) la relación eventual entre la opción de liquidación y la de reorganización; b) la distribución de los bienes de la masa; c) la financiación requerida con posterioridad a la apertura; d) la remuneración de los peritos o profesionales contratados; e) el curso a dar a las actuaciones judiciales pendientes, al ser declarada la apertura del procedimiento, en las que el deudor fuera parte; f) la posibilidad de que el deudor prosiguiera el negocio o g) el acuerdo de agilizar su reorganización. Por último, se expresó el parecer de que sería aconsejable incluir una disposición general que permitiera que el legislador nacional definiera otras funciones de la junta general de acreedores, sin menoscabo de la conveniencia de que esas facultades y cometidos no interfieran con las de otros órganos ni de la conveniencia de salvaguardar la flexibilidad del procedimiento.

197. Además de definir los cometidos de la junta general de acreedores, se sugirió que el proyecto de guía se ocupara de la relación entre ese órgano y el comité de acreedores (si se constituía dicho órgano en el curso de la insolvencia) y cuáles serían las facultades que la junta general delegaría en dicho comité.

198. Respecto del párrafo 10 a), se sugirió añadir a la lista el derecho de todo acreedor admitido a participar en el nombramiento del comité de acreedores.

199. Se hicieron diversas observaciones respecto del párrafo 10 b). Se expresó la inquietud de que la referencia al “pago al acreedor en una distribución” tal vez evocara únicamente el supuesto de una distribución efectuada a raíz de una liquidación pero no el pago que cabía esperar a raíz de una reorganización, supuesto que debería considerarse igualmente. Otro parecer fue el de que la referencia a la determinación o establecimiento, a raíz de la admisión, del “importe” del crédito a satisfacer por el representante de la insolvencia era incompleta, por lo que debería completarse con una referencia a la “prelación” de ese crédito.

Párrafo 11: Derecho de compensación

200. Se expresaron pareceres divergentes sobre la necesidad de abordar la cuestión de los derechos de compensación en el marco de la masa de la insolvencia (como se hacía en los párrafos 116 a 120 del Comentario) o en ambas secciones a la vez.

201. Se respondió a esa sugerencia que debería suspenderse el ejercicio de todo derecho de compensación a fin de dar margen al representante de la insolvencia para examinar los correspondientes créditos, al tiempo que se observó que en los diversos ordenamientos se aplicarían diversas reglas de derecho sustantivo y procesal al tema de la compensación. Dada la índole delicada de esta cuestión, se opinó que no sería posible llegar a un acuerdo sobre una solución única. No obstante, se observó que el derecho de compensación entrañaba una excepción importante al principio de la igualdad de trato de todos los acreedores de una misma categoría, por lo que debería ser abordado. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de guía aclarase si el régimen general de la compensación se vería afectado por el régimen de la insolvencia y cuál sería esa incidencia, lo que cabría hacer presentando las diversas opciones disponibles sin necesidad de sugerir ninguna regla en particular. Se mencionó expresamente la

necesidad de preservar el funcionamiento de los mecanismos de compensación en el marco de toda compensación financiera global por saldo netos.

Párrafo 12: Créditos presentados por accionistas y por personas especialmente relacionadas con el deudor

202. Se expresaron varios pareceres en el sentido de que la referencia a los "accionistas" de la empresa deudora resultaba demasiado estrecha, al referirse a una sola variante de sociedad mercantil, por lo que se requería un término más amplio que abarcara todas las categorías posibles de socios o propietarios (por ejemplo, de una sociedad mercantil de cualquier índole o de una sociedad civil o colectiva). Respecto del significado de persona allegada al deudor o "iniciada de algún modo en su negocio" se sugirió que esa noción requería cierta aclaración sobre a quién se refería exactamente.

203. Respecto a las reglas de derecho sustantivo aplicables a dichas personas, se opinó que debería limitarse su derecho de voto. Otro criterio fue el de que se subordinara el derecho de todo accionista de la empresa o de toda persona allegada del deudor. Se respondió a esa sugerencia que la subordinación de todos esos créditos podría disuadir a esas personas de aportar financiación al negocio del deudor, lo que reduciría notablemente las oportunidades de muchos deudores para obtener nuevos fondos y rehabilitar su situación financiera. Por consiguiente, se sugirió que esa subordinación sería únicamente aplicable si existían indicios de algún comportamiento indebido. Otra sugerencia fue la de que esa decisión debería ser adoptada por el representante de la insolvencia o por el tribunal, únicamente tras haber examinado las circunstancias a las condiciones del crédito otorgado. Otra sugerencia fue la de que esa subordinación fuera aplicable únicamente a los créditos que guardaran relación con la situación financiera deficitaria del deudor y no a los nuevos créditos que esas personas otorgaran a la empresa que se encontrara ya en dificultades financieras.

204. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que esta cuestión se examinara más adelante cuando ya se dispusiera de un nuevo texto al respecto.

5. Liquidación y distribución

A. Prioridades en la distribución[g]

205. Como punto de partida, se sugirió revisar el título de la sección sobre liquidación y distribución a fin de aclarar que se trataba de la distribución del producto de la liquidación y no de cuestiones relativas a la liquidación que no se regulaban en la presente sección. Se expresó la opinión de que en el proyecto de guía se debía distinguir entre los casos en que la empresa dejaba de funcionar y se vendían sus bienes y aquéllos en que la empresa seguía funcionando pero se vendían ciertos componentes como negocios en marcha, para centrarse únicamente en el supuesto de la venta forzosa prevista en la presente sección. La otra opción se debía regular en el contexto de la venta de bienes, que no se aborda en detalle en ningún otro lugar del proyecto de guía. Se sugirió dejar en claro en el proyecto de guía que el representante de la insolvencia debía ocuparse con prontitud de la distribución, y

[g] Ibíd., párrs. 253 a 255, y síntesis y recomendaciones conexas.

no retardar el reembolso a fin de tratar de elevar al máximo la cuantía disponible para su distribución, esforzándose por aprovechar las fluctuaciones del mercado pertinente, y que la distribución podía efectuarse a título provisional.

206. Se formularon varias propuestas relativas al orden en que se debían efectuar los pagos correspondientes a cada categoría de créditos. Se expresó cierta inquietud respecto de la inclusión de los créditos garantizados y de lo que esa inclusión realmente suponía. Se expresó también cierta inquietud conexa de que convendría reordenar las categorías de créditos que figuran en el párrafo 2 con miras a que los gastos inherentes a la insolvencia pasaran a primer lugar, seguidos por los gastos de administración del procedimiento de insolvencia, pagándose a continuación los créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, empezando por los créditos garantizados. Se indicó también que no se debía hacer distinciones entre diversas categorías de créditos de administración. Se señaló que convendría tener en cuenta otras categorías de derechos, como los derechos de terceros cuya propiedad estuviera en poder del deudor, los créditos que gozaran de un reconocimiento especial con arreglo al derecho interno, como sueldos y créditos fiscales, y los que pudieran satisfacerse de otro modo que mediante pago en dinero. Se expresó la opinión de que en el proyecto de guía se debía enunciar una recomendación general que aconsejara a reducir a un mínimo las prioridades y que toda prioridad establecida por una ley distinta del régimen de la insolvencia, debía quedar reflejada en la ley de la insolvencia a fin de aumentar la predecibilidad de su régimen. Otra cuestión que se planteó fue la necesidad de regular el tratamiento de los fondos excedentes en los casos en que el deudor fuera solvente y en que quedaran fondos para distribuir entre los propietarios, accionistas y otras personas, y si en esos casos los intereses pagaderos respecto de otros créditos gozarían de prelación respecto de esa distribución. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó en general que el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno no debía establecer un orden de prelación de créditos para la distribución, sino más bien describir las categorías de créditos que el legislador habría de considerar.

207. Se señaló que las disposiciones del párrafo 3 relativas a la igualdad de los créditos pertenecientes a una misma categoría y al pago íntegro efectuado a cada una de ellas antes de procederse al pago de la siguiente, si bien serían aplicables respecto de algunas categorías de créditos, no lo serían respecto de los créditos garantizados.

B. Exoneración[h]

208. Se señaló que la situación de cada deudor tras la clausura del procedimiento de insolvencia variaba de un ordenamiento a otro. Se expresó la opinión de que el proyecto de guía debía reflejar la diversidad de opciones entre, por una parte, la exoneración automática del deudor y, por otra, la posibilidad de que el tribunal mantuviera cierta supervisión. Se sugirió que se examinaran otros enfoques posibles en el párrafo 258 del comentario. Con respecto a los distintos factores que podían determinar la forma en que se tratara una deuda determinada, se señaló que el comportamiento del deudor en el procedimiento de insolvencia podría ser uno de esos factores, y que cabría establecer un vínculo directo con el deber de cooperar de

[h] Ibíd., párrs. 256 a 260, y síntesis y recomendaciones conexas.

todo deudor. Este enfoque podía conducir a que algunas categorías de deudas no se beneficiaran de la exoneración, por razones como las que tal vez haya ocultado el deudor.

6. Planes de reorganización[8]

Párrafo 1: Cláusula de finalidad

209. Se expresaron diversas opiniones con respecto a la finalidad de las disposiciones relativas a los planes de reorganización enunciadas en el párrafo 1 del resumen y las recomendaciones. Se propuso incluir información adecuada sobre la situación del deudor y el trato que había de darse a los acreedores en el plan, para que éstos pudieran adoptar una decisión sobre el plan con conocimiento de causa.

210. Se señaló también que el texto actual de la disposición podía ser redundante, ya que la mayoría de las cuestiones que se mencionaban en los apartados a) a f) del párrafo 1 estaban expresamente tratadas en las recomendaciones subsiguientes. Se dijo además que muchas de esas cuestiones se referían a los mecanismos y dispositivos técnicos para aplicar el plan y no a la finalidad en sí de la disposición. Se propuso, pues, sustituir el texto actual por otro de carácter general que dijera que las disposiciones relativas a los planes de reorganización tenían por finalidad facilitar la preparación de propuestas, y la presentación y aprobación de un plan de reorganización.

211. Se apoyó la sugerencia de que la disposición sobre la finalidad de la reorganización se basara en el enunciado general del preámbulo de la Ley Modelo de las CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza que dice “facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo”. Según otro parecer cabría incluir también una referencia al objetivo de maximizar el valor de los bienes.

212. Dando por sentado que se mantendría la estructura del párrafo, se propuso insertar entre los apartados a) y b) del párrafo 1 una disposición por la que se estableciera que el efecto vinculante del plan quedaba supeditado a su aprobación.

213. Se propuso modificar la redacción, mencionando explícitamente en el apartado a) del párrafo 1 a los acreedores respaldados por una garantía y a los acreedores ordinarios o no garantizados.

214. Con respecto al apartado b) del párrafo 1, se propuso incluir a los accionistas o socios de la empresa deudora entre las categorías de personas que podrían verse afectadas por el plan. Se dijo también que la referencia a “todos” los acreedores era improcedente, puesto que un plan no modificaría los derechos o el rango de prelación de todos los acreedores. Otra opinión fue la de que la palabra “todos” podría cumplir la función útil de subrayar el efecto vinculante que tendría un plan aprobado para los acreedores disidentes.

215. Según varios pareceres, la frase “liquidar las deudas y los créditos”, que aparecía en el apartado f) actual del párrafo 1, era inapropiada, puesto que esa liquidación o liberación de deudas no sería sino una de las soluciones propuestas en un plan de reorganización y no constituía un objetivo propio de la reorganización.

[8] Ibíd., párrs. 261 a 299, y síntesis y recomendaciones conexas.

216. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que no se cambiara la estructura de la disposición, siempre y cuando se distinguiera claramente la finalidad del plan de reorganización de los mecanismos de aplicación y se indicaran todas las cuestiones pertinentes que podrían surgir en el contexto de un plan de reorganización.

Párrafo 2: Fecha de presentación del plan

217. A modo de observación preliminar se dijo que era más apropiado emplear la frase "proyecto de plan" en los párrafos 2 y 3 para dejar en claro en el proyecto de guía que ambos trataban del plan antes de que fuera aprobado. En discrepancia con ese parecer se señaló que corrientemente se entendía que un plan de reorganización abarcaba las distintas etapas de su desarrollo y que no convenía modificar el término empleado, si se aclaraba el sentido que se le daba en el proyecto de guía.

218. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que las cuestiones de la fecha de presentación del plan y de a quién correspondía formularlo debían tratarse en párrafos distintos.

219. El Grupo de Trabajo coincidió en que el proyecto de guía debía recomendar la presentación oportuna del plan; sin embargo, se expresaron distintos pareceres en cuanto a la conveniencia de fijar un plazo de presentación. Se sostuvo que, con miras a preservar los objetivos generales de previsibilidad y transparencia, la ley debía determinar el plazo. Una opinión discrepante fue la de que sería preferible escoger un criterio más flexible, permitiendo que el tribunal o el representante de la insolvencia fijara el plazo. Se propusieron soluciones intermedias, consistentes en que se facultara al tribunal para determinar el término de ese plazo dentro de cierto plazo máximo establecido por la ley o para prorrogar los plazos establecidos en la ley.

Párrafo 3: Preparación del plan

220. En cuanto al mecanismo para determinar a quién corresponde preparar el plan, se indicó que permitir la presentación simultánea de propuestas por distintas partes podría dar eficiencia al procedimiento, mientras que un procedimiento que previera su presentación consecutiva alargaría innecesariamente el procedimiento. En sentido contrario se dijo que para imponer cierto orden en el proceso, se debería dar a una de las partes, ya sea el deudor o alguna otra, un plazo breve y en exclusiva para la presentación del plan, transcurrido el cual cabría dar a las demás partes la misma posibilidad, caso de no haberse presentado un plan o de no haberse presentado ninguno con perspectivas de éxito. Se expresó la opinión de que a fin de alentar al deudor a solicitar con prontitud la apertura del procedimiento se debía otorgar a éste la oportunidad de presentarlo en exclusiva.

221. Si bien se señaló que era inapropiado que el deudor preparara el plan de reorganización por no estar previsto este supuesto en todos los ordenamientos, predominó la opinión de que la Guía debía ofrecer distintas opciones, incluida la posibilidad de que el plan fuera presentado por el deudor, por los acreedores y por el representante de la insolvencia, ya sea por sí solo o en cooperación con el deudor, así como por toda otra persona interesada, por ejemplo, un competidor del deudor. Se sugirió que la disposición relativa a la presentación del plan a raíz de la presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento debía ser facultativa y no imperativa.

222. Se expresó cierta inquietud respecto de que el deudor tuviera el derecho o la obligación de consultar "a los acreedores y al representante de la insolvencia" antes de proponer un plan, como se indica en la segunda frase del párrafo 3). Se consideró que las consultas con los acreedores podían crear conflictos de intereses, por lo que sólo debería preverse la consulta con el representante de la insolvencia. Una opinión análoga fue la de que, si bien las consultas previas con los acreedores podrían aumentar las posibilidades de que se aprobara el plan propuesto, sería más adecuado que estas consultas las llevara a cabo el representante de la insolvencia y no el deudor. Otra opinión fue la de que un clima de colaboración podría dar óptimo resultado en términos de un plan aceptable.

223. Respecto de la cuestión de establecer un nexo entre un plan de reorganización negociado y convenido por el deudor y los acreedores en un contexto extrajudicial y la presentación por el deudor de un plan de reorganización en el contexto de un procedimiento de insolvencia, se indicó que las dos cuestiones se debían tratar en el proyecto de guía por separado, en función de la situación financiera del deudor, pues en algunos regímenes de la insolvencia sólo es posible recurrir a la vía extrajudicial si el deudor no es insolvente.

Párrafo 4: Contenido del plan

224. Se expresó apoyo general para la propuesta de que en el régimen de la insolvencia se debía precisar el contenido del plan de reorganización, con miras a asegurar que se definieran en sus detalles esenciales las consecuencias que entrañaría para las diversas categorías de acreedores, así como para otras personas afectadas. En cuanto al contenido concreto, se formularon varias propuestas, incluida la de que en el plan se resolvieran cuestiones como a) las diversas categorías de acreedores y el trato respectivo que se les daría (incluido el momento del pago, cuando se abordara dicho asunto); b) el régimen aplicable a los contratos, incluidos los contratos de empleo; y c) la posibilidad de que se vendiera la empresa en su totalidad, así como toda modificación prevista del capital de la sociedad insolvente.

225. Se apoyó, además, la sugerencia de que en la información descriptiva consignada entre corchetes y en cursiva en la segunda frase del párrafo se incluyera en una declaración divulgadora o informativa que se presentaría junto con el plan y no en el plan mismo. En la declaración deberían especificarse, entre otras cosas, detalles sobre el activo y el pasivo del deudor, el trato propuesto para los acreedores, la forma de pagar sus créditos y el plan del deudor para después de la reorganización del negocio o para la liquidación de los bienes del deudor.

Párrafo 5: Categorías de acreedores

226. Se expresó la inquietud de que la referencia a "la índole y el contenido" de sus respectivos derechos, para la distribución de los acreedores en categorías, resultara demasiado limitada, y se señaló que se debía hacer referencia al orden de prelación, a ciertos compromisos o a la naturaleza y el alcance de la deuda.

227. Se señaló que como en algunos ordenamientos jurídicos se agrupaba en una sola categoría al número con frecuencia elevado de acreedores que eran titulares de créditos de pequeña cuantía, solución que con frecuencia agilizaba el procedimiento, cabría mencionar dicho enfoque en el proyecto de guía.

Párrafo 6: Aprobación del plan

228. Con respecto a los apartados a) y b) del párrafo 6, se apoyó la opinión de que la referencia a las categorías enumeradas resultaba equívoca, porque podía suscitar dudas respecto de la relación entre ellas, cuestión abordada en relación con el párrafo 8, y que se debía aclarar.

229. Se sugirió que se aclarara en la disposición que sólo podrían votar los acreedores cuyos créditos se hubieran admitido.

230. Se expresó la opinión de que el término "afectados" apartado a) del párrafo 6 no era apropiado, porque si bien todos los acreedores se verían afectados por el procedimiento de insolvencia, se trataba aquí de referirse a los casos en que pudieran verse modificados los derechos de acreedores garantizados o preferentes, ya fuera porque ello se dispusiera en la ley o porque esos acreedores dieran su consentimiento a la modificación. Esta modificación podía relacionarse, por ejemplo, con la prórroga del plazo de reembolso de la deuda y de pago de los intereses.

231. Se sugirió que se aclarara el término "acreedores garantizados" en una definición, ya que podía referirse a supuestos distintos en diversos ordenamientos. Además, se indicó que los derechos y obligaciones de los acreedores garantizados eran por esencia particulares y que tal vez no procediera referirse a ellos como una categoría bien definida.

232. Con respecto al apartado b) del párrafo 6, se sugirió que se hablara de acreedores "ordinarios" y no de acreedores "no garantizados".

233. Una de las opiniones fue que la aprobación por la mayoría de los accionistas prevista en el apartado c) del párrafo 6 sería apropiada únicamente en situaciones en las que el deudor demostrara su solvencia, porque de lo contrario los accionistas perderían todo interés y no tendrían derecho a votar ni a participar en modo alguno en la distribución de los bienes. Por ello, se sugirió suprimir la disposición. En sentido contrario se dijo que se debía conservar el derecho de voto de los accionistas, como un medio de control de los consejeros o administradores y del personal directivo de la empresa. También se dijo que el tratamiento de los accionistas debía preverse de forma más completa en una sección más general relativa al tratamiento de sus créditos.

234. Recordando un debate anterior relativo al párrafo 12 de la sección sobre los créditos de los acreedores (véase el párrafo 202 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en que se debía sustituir la referencia al término "accionistas" por otro término que abarcara todas las categorías posibles de socios mercantiles (por ejemplo, en sociedades anónimas o de todo otro tipo).

Párrafo 7: Mayoría requerida

235. Hubo cierto apoyo por el parecer de que el texto del párrafo concretaba demasiado y de que el proyecto de guía debía centrarse más bien en presentar opciones como se hacía en el párrafo 279 del comentario, e indicar las soluciones que no fuesen convenientes, como la unanimidad o la mayoría simple basada en el número de acreedores. Además de establecer lo que podría constituir una mayoría suficiente para la aprobación del plan, se sugirió que en la sección del resumen y las recomendaciones se tratara también de la forma de emitir el voto (asistiendo a la

junta general de acreedores, por correo o por algún otro medio). Se observó que el método de votación podría influir a su vez en la mayoría requerida; si la votación se efectuaba por correo, bastaría con una mayoría simple, mientras que si se realizaba en una junta general de acreedores, se requeriría una mayoría calificada. Otra sugerencia fue la que el representante de la insolvencia contribuyera a obtener la mayoría requerida, procurando tal vez contrarrestar el peso excesivo de los acreedores mayoritarios.

Párrafo 8: Vinculación de los acreedores disidentes al plan

236. Se observó que el texto actual del párrafo no distinguía con claridad entre las situaciones en que los acreedores de una categoría determinada disintieran del voto mayoritario de su propia categoría y aquéllas en que una categoría o categorías de acreedores disintieran del voto expresado por la mayoría de las categorías. Se sugirió que estas dos cuestiones se abordaran en párrafos aparte, en el primero de los cuales se regulara la forma de tratar a los acreedores disconformes de una categoría determinada, y en el segundo, relacionado con la función del tribunal prevista en el párrafo 9, la manera de tratar a las categorías disconformes de acreedores.

237. Si bien se reconoció que la obligatoriedad para los acreedores de todo plan de reorganización aprobado por la mayoría requerida era indispensable para la reorganización, se señalaron diversas formas de conseguirlo. Con arreglo a ciertos regímenes de la insolvencia, la aprobación del plan por la mayoría requerida, tanto de los acreedores de cada categoría como de las distintas categorías de acreedores, lo haría vinculante para todos los acreedores sin necesidad de medidas ulteriores, como su confirmación o aprobación por el tribunal. Conforme a otras leyes, se señaló que al ser el plan de reorganización un contrato, sólo cabría hacerlo vinculante para todos los acreedores, en particular para los que no lo apoyaran y los que no votaran al respecto, en virtud de un mandamiento judicial.

Párrafo 9: Confirmación del plan

238. Consciente de los distintos criterios indicados en el contexto del examen del párrafo 8 sobre la necesidad de que el tribunal confirme el plan, el Grupo de Trabajo examinó lo que el tribunal deberá tener en cuenta para otorgar dicha confirmación. Una opinión fue la de que el tribunal debería ceñirse a cuestiones como la corrección formal del procedimiento de aprobación; que los acreedores recibían con arreglo al plan al menos tanto como recibirían, de procederse a liquidación; que en los casos en que se haya de vincular al plan a categorías disidentes de acreedores, que las categorías de rango de prelación más alto sean plenamente reembolsadas antes de procederse al pago de otras categorías, a menos que las categorías de rango superior hayan consentido en otro enfoque; y la legalidad del plan. Se expresó cierta inquietud ante la sugerencia de que se pudiera pedir al tribunal que examinara la viabilidad económica del plan, especialmente en los casos en que ello requiriera la contratación de expertos y el examen de cuestiones económicas en algún detalle. Esta situación se debía distinguir de la cuestión del examen por el tribunal de la viabilidad del plan examinado en el párrafo 289 del comentario, sin tener que examinar las cuestiones económicas en detalle.

239. Se observó que en los casos en que se requiriera la confirmación del plan a efectos de poder darle curso, el proceso no requería necesariamente procedimientos

prolongados ni un análisis exhaustivo del plan, sino que podía arreglarse con miras a reducir al mínimo los costos y facilitar su realización expedita.

Párrafo 10: Impugnación del plan por los acreedores

240. Se observó que en algunos ordenamientos en que no estaba prevista la confirmación por el tribunal, el párrafo 10 brindaría la oportunidad necesaria a los acreedores disidentes para impugnar la aprobación del plan. Además, se sugirió que cabría abordar en dicho párrafo la cuestión del recurso contra la confirmación por el tribunal de un plan aprobado.

241. Se expresó cierto apoyo a la opinión de que en el párrafo se deberían indicar motivos para impugnar el plan, como el de que no se hubieran cumplido los requisitos de confirmación; que el plan previera un reembolso inferior al obtenible por vía de liquidación; o que el procedimiento seguido para su aprobación fuera incorrecto. Otra opinión fue la de que estos motivos debían limitarse a supuestos de dolo a fin de no dar lugar a la interrupción indebida de la ejecución del plan. Se observó también que en el párrafo se debería indicar con claridad el momento en que se habrían de formular las objeciones (por ejemplo después de la aprobación y antes de la confirmación o después de la confirmación).

Párrafo 11: Supervisión de la aplicación del plan de reorganización

242. Se sugirió prever cierto límite para la duración de la supervisión, que habían de llevar a cabo el tribunal o algún otro órgano nombrado para ello, cuando la aplicación del plan fuera a llevar varios años.

Párrafo 14: Conclusión del plan

243. Se dijo que la conversión del procedimiento de reorganización en otro de liquidación no debía exigir la presentación de una nueva solicitud que entrañara más demoras y trámites innecesarios. Se sugirió como solución que se permitiera presentar la solicitud de un plan de liquidación que previera la venta de bienes en el curso de la reorganización. Se observó, no obstante, al respecto que tal vez fuera necesario comenzar un nuevo procedimiento, cuando la aplicación del plan fracasaba después de haber transcurrido un lapso de tiempo considerable tras la apertura del procedimiento de reorganización. Se sugirió igualmente que debía tratarse la conversión en términos más generales, explicitando que podía sobrevenir en cualquier momento del procedimiento de reorganización y para subsanar situaciones en que el deudor no tuviera intenciones genuinas de iniciar la reorganización, en que se producía una pérdida constante de bienes y no había perspectiva alguna de reorganización, o en que el deudor incumplía las obligaciones que le incumbían en el procedimiento de reorganización.

7. Examen de otras cuestiones

A. Reorganizaciones extrajudiciales y reorganizaciones judiciales agilizadas

244. El Grupo de Trabajo examinó una nota de la Secretaría sobre las reorganizaciones extrajudiciales y reorganizaciones judiciales agilizadas, que se había elaborado con material tomado de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo, a saber:

"Las reestructuraciones extrajudiciales y los procedimientos judiciales de reorganización agilizados han demostrado ser un método económico para reestructurar las obligaciones financieras de las entidades que se encuentran en situación económica precaria, y como tales pueden resultar opciones muy valiosas a las que pueden recurrir los comercios y empresas de un determinado país. En todo procedimiento de reestructuración extrajudicial suele haber negociaciones entre el deudor y acreedores de una o más categorías. Si una minoría de los acreedores afectados disiente o insiste en su postura, sólo podrá verse obligada si el procedimiento de reorganización se inicia con arreglo al régimen de la insolvencia y si el tribunal aprueba una reorganización en que se fijen las condiciones de la reestructuración. En tal situación, es posible mantener los resultados positivos del proceso de reestructuración extrajudicial si se agiliza el procedimiento de reorganización.

Las reestructuraciones extrajudiciales no deben fomentarse a causa de las deficiencias, la ineficacia o la escasa fiabilidad del régimen legal de la insolvencia de un determinado país, sino por las ventajas de equidad y claridad que pueden brindar como mecanismo complementario de un régimen de la insolvencia. Podrían agilizarse los procedimientos judiciales cuando un número sustancial de acreedores hubiera llegado a acuerdo con el deudor pero no hubiera unanimidad.

Procedimientos extrajudiciales

Se ha sugerido que en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia se examinaran los diversos procesos distintos de los procedimientos plenarios de reorganización sujetos al régimen de la insolvencia a los que podría recurrirse normalmente para hacer frente a las dificultades financieras o a la insolvencia de una empresa comercial. Al examinarlos habría que hacer referencia a los textos que se han elaborado para prestar asistencia en la fase extrajudicial de estos procesos, como los Principios de INSOL para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores, y examinar también la interrelación entre estos procesos oficiosos y los procedimientos de reorganización sujetos al régimen de la insolvencia.

Casi siempre se recurre a las reestructuraciones extrajudiciales para resolver la deuda con institutos de crédito y otros acreedores institucionales. Sin embargo, con frecuencia se recurre también a la reestructuración cuando hay acreedores no institucionales importantes, generalmente cuando el peso de estos acreedores es tan considerable que no es posible hacer una reestructuración eficaz sin su participación.

Otra característica determinante de las reestructuraciones extrajudiciales es que no afectan por lo general a todas las categorías de acreedores. Es habitual que los acreedores no institucionales (excepto los que se mencionan en el párrafo anterior) reciban el pago mientras sigue en marcha el negocio o que cobren íntegramente con arreglo al plan de reorganización. No es probable que estos acreedores se opongan a la reestructuración propuesta, y tampoco es necesario que intervengan en el proceso.

Procedimiento agilizado de reorganización

La intervención judicial para ejecutar una reestructuración negociada en un proceso extrajudicial es necesaria cuando existe una minoría disconforme de acreedores a los que el deudor y la mayoría de acreedores desean imponer una solución. Ello requiere una modificación no consensual de los derechos contractuales, que puede lograrse únicamente mediante el cumplimiento de las garantías procesales con las que se protege a los acreedores en toda actuación judicial.

Con arreglo a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la modificación de los derechos contractuales requiere que la reestructuración extrajudicial se convierta en un procedimiento plenario de reorganización con arreglo al régimen de la insolvencia, en el que participen todos los acreedores. Los plazos son normalmente decisivos en la reorganización de las empresas, y los retrasos (habitualmente inherentes a todo procedimiento de insolvencia plenario) pueden resultar fatales para una reorganización eficaz. Así pues, es importante que el tribunal aproveche toda negociación y toda labor realizada antes de la apertura del procedimiento de reorganización con arreglo al régimen de la insolvencia, y que éste permita al tribunal agilizar los procedimientos de reorganización.

En el proyecto de guía debería especificarse el procedimiento para ejecutar una reestructuración que se haya negociado con anterioridad en un proceso extrajudicial por medio de un procedimiento oficial, y deberían preverse disposiciones conformes al régimen de la insolvencia para facilitar la agilización de los procedimientos de reorganización disponiendo:

a) Un proceso mas rápido. Por ejemplo, si se ha negociado oficiosamente un plan y otros documentos oficiosos que cumplan los requisitos oficiales del régimen de la insolvencia, y si existe una mayoría importante en su favor, el tribunal debería poder ordenar una reunión o audiencia inmediata, según procediera, lo que ahorraría tiempo y gastos;

b) Que se declare una excepción respecto de una parte del proceso oficial. Por ejemplo, en caso de que una mayoría suficiente de acreedores de una categoría determinada hayan acordado un plan oficioso para aprobar una reorganización conforme a los requisitos de votación del régimen de la insolvencia -generalmente los acreedores institucionales-, y de que los derechos de los demás acreedores no se vean menoscabados por la aplicación del plan, el tribunal debería poder ordenar una reunión o una audiencia únicamente con esta categoría particular de acreedores.

Sin embargo, no se pretende recomendar que en procedimientos agilizados de reorganización judicial se dé a los acreedores disconformes y a las demás partes una protección inferior a la que determina el régimen de la insolvencia en procedimientos plenarios de reorganización. Los requisitos procesales de los procedimientos agilizados de reorganización deben contener en lo sustancial las mismas salvaguardias y garantías que se prevén para los procedimientos plenarios de reorganización.

Tal vez convenga modificar otras leyes para alentar o prever la reestructuración extrajudicial y los procedimientos de reorganización

agilizados. Por ejemplo, estas leyes pueden requerir un consentimiento unánime para ajustar el endeudamiento al margen del procedimiento de la insolvencia, prever que los directores de empresa incurran en responsabilidad por efectuar transacciones durante el período en que se esté negociando una reestructuración extrajudicial, no reconocer las obligaciones por créditos concedidos durante dicho período y restringir la conversión de la deuda en capital social."

245. Se apoyó en general la propuesta de tratar esos procedimientos en el proyecto de guía. En particular, obtuvo apoyo la tesis de que se incluyera un examen de las vías extrajudiciales oficiosas, en el que se explicaran las circunstancias en que cabría recurrir a dichas vías, las partes que podrían acudir a ellas y los mecanismos disponibles para facilitar su tramitación. Con respecto a las reorganizaciones judiciales agilizadas, se apoyó la idea de que se determinara la forma en que estos procedimientos podrían integrarse en el procedimiento oficial de reorganización; se subrayó la necesidad de describir la propuesta circunstanciadamente indicando, por ejemplo, las situaciones en que podría acudirse a ese procedimiento, los criterios que determinarían su utilización y las salvaguardias aplicables a los acreedores que habría que incluir.

246. Se pidió a la Secretaría que elaborara la propuesta para que el Grupo de Trabajo la examinara en una sesión ulterior.

B. Alcance del régimen de la insolvencia

247. El Grupo de Trabajo examinó los párrafos dedicados al alcance del régimen de la insolvencia, que se habían revisado en función de lo tratado por el Grupo en sesiones anteriores, a saber:

"Las disposiciones sobre las condiciones de admisibilidad y la jurisdicción tienen por objeto determinar:

a) qué tipos de deudores pueden estar sujetos al régimen de la insolvencia;

b) qué tipos de deudores requieren un tratamiento especial y por consiguiente deberían estar sujetos a un régimen especial de la insolvencia y excluidos del régimen general;

[c) qué deudores tienen una vinculación suficiente con este Estado para estar sujetos a su legislación de insolvencia.]

1) Condiciones de admisibilidad

a) Un régimen de la insolvencia debería regir los procedimientos de insolvencia de todos los deudores que se dediquen a actividades comerciales [incluidas las empresas estatales dedicadas a actividades comerciales].

b) Los bancos, las compañías de seguros y otras entidades especificadas que están sujetas a normas especiales y a un régimen especial de la insolvencia podrán quedar excluidas de la aplicación del régimen general de la insolvencia.

2) Jurisdicción

a) Los procedimientos de insolvencia podrán ser iniciados por el deudor o contra éste si el centro de sus principales intereses o su establecimiento se encuentra en el Estado promulgante.

b) Salvo prueba en contrario, se presumirá que una persona jurídica tiene el centro de sus principales intereses en el Estado en el que se encuentre su domicilio social.

c) Salvo prueba en contrario, se presumirá que una persona física tiene el centro de sus principales intereses en el Estado en el que tiene su residencia habitual."

248. Se propuso sustituir en la sección sobre la jurisdicción la frase "por el deudor o contra éste" por "en relación con el deudor", puesto que el factor de conexión era sencillamente el deudor. El concepto de carácter voluntario o involuntario de la solicitud presentada se trató en los párrafos dedicados a la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento.

C. Solicitud y declaración de apertura de un procedimiento

249. El Grupo de Trabajo examinó los párrafos referidos a la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento, que se habían revisado a la luz de sus deliberaciones anteriores, a saber:

"Las disposiciones relativas a la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

a) facilitar el acceso, del deudor o de sus acreedores y de las autoridades competentes, al régimen de la insolvencia;

b) abrir vías expeditivas, eficientes y económicas para la presentación y tramitación de una solicitud de apertura de este procedimiento;

c) facilitar el acceso de los interesados al procedimiento de insolvencia que mejor responda a la gravedad de las dificultades financieras del deudor;

d) proteger tanto al deudor como a sus acreedores de la eventualidad de un recurso indebido al régimen de la insolvencia y establecer salvaguardias básicas.

1) Podrá solicitar a un tribunal la apertura de un procedimiento de liquidación:

a) todo deudor que demuestre que no puede o no podrá atender al pago de sus deudas a su vencimiento [o que ha contraído deudas que exceden del valor de su patrimonio];

b) uno o más de los acreedores cuyos créditos [hayan vencido y no hayan sido satisfechos por el deudor] o que puedan demostrar que el deudor [no está o no estará en condiciones de pagar sus deudas a su

vencimiento o que ha contraído deudas que exceden del valor de su patrimonio];

[c) una autoridad designada al efecto, forme o no parte de la administración pública, que actúe en función de [...]].

2) Toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia habrá de probar que el deudor es insolvente y, en el supuesto de un procedimiento de reorganización, que hay perspectivas razonables de que la reorganización del deudor prospere:

a) Si se trata de una solicitud voluntaria del deudor, [la presentación de la solicitud funcionará como dispositivo de apertura automática del procedimiento] [el tribunal determinará sin dilación si se abrirá o no el procedimiento de insolvencia];

b) Si se trata de una solicitud involuntaria,

i) se notificará de inmediato al deudor,

ii) se permitirá que el deudor responda a la solicitud, y

iii) el tribunal determinará sin dilación si se abrirá o no el procedimiento de insolvencia.

3) El tribunal podrá sobreseer las actuaciones [o transformarlas] si determina que se está haciendo un empleo abusivo del procedimiento.

4) En caso de tratarse de una demanda voluntaria del deudor, se dará aviso de la apertura del procedimiento a los acreedores.

a) La notificación de la apertura de un procedimiento deberá ser dada a cada acreedor por separado, a no ser que el tribunal considere que, en las circunstancias del caso, proceda dar alguna otra forma de aviso. [Deberá darse también aviso a todos acreedor conocido que no tenga una dirección en el territorio del Estado. No será preciso el envío de una carta o comisión rogatoria ni ninguna otra formalidad similar - *[Nota destinada al Grupo de Trabajo: ¿convendría reproducir aquí lo dispuesto en la Ley Modelo?]*].

b) El aviso dado a los acreedores deberá:

i) Señalar el plazo indicado para presentar algún crédito, así como el lugar donde deba presentarse;

ii) Señalar si los acreedores con créditos garantizados deberán presentar dichos créditos, según estén o no plenamente cubiertos por el valor de su o sus garantías;

iii) Contener toda otra información que sea obligatoria en la notificación que ha de darse a los acreedores con arreglo [*al derecho interno del Estado y a todo mandamiento dictado al respecto por el tribunal*].”

250. Se expresó cierta preocupación por el hecho de que, según el párrafo 2, debía probarse que había perspectivas razonables de que la reorganización del deudor

prosperara. Se propuso que en el párrafo 3 se previera la posibilidad de imponer sanciones, en el supuesto de que se presentaran solicitudes sin que mediaran motivos justificados.

251. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no concluyó el examen de los párrafos revisados sobre la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento.

E. Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.57) [Original: inglés)

Índice

	Párrafos	*Página*
Observaciones generales	1 - 9	516
Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	10 - 57	517
Introducción	10 - 15	517
1. Estructura y alcance de la Guía	10 - 12	517
2. Terminología utilizada en la Guía y función de las definiciones	13 - 14	518
3. Definiciones		519
Primera parte. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente	15 - 22	523
1. Maximizar el valor de los bienes	15	523
2. Hallar el punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización	16	523
3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares	17	523
4. Garantizar la apertura del procedimiento y la solución de las insolvencias en forma oportuna, eficiente e imparcial	18	523
5. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor	19	524
6. Proporcionar un procedimiento previsible y transparente que contenga incentivos para reunir y suministrar información	20	524
7. Reconocer los derechos existentes del acreedor y respetar las demandas prioritarias con un proceso previsible	20	524
8. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza	22	525
Segunda parte. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia	23 - 57	525
I. Introducción a los procedimientos de insolvencia	23 - 57	525
A. Características generales de un régimen de insolvencia	23 - 25	525
B. Tipos de procedimientos de insolvencia	26 - 49	525
1. Liquidación	29 - 32	527
2. Reorganización	33 - 49	529
C. Relación entre los procedimientos de liquidación y de reorganización	50 - 57	535

[La parte segunda, capítulos II a VI, del proyecto de guía legislativa figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.58.]

Observaciones generales

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia, en la que se recomendaba que, en vista de su composición universal, el éxito de su labor anterior en materia de insolvencia transfronteriza y las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales especializadas e interesadas en el derecho de insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para debatir esas cuestiones. En la propuesta se instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de una ley modelo sobre la insolvencia de las empresas, a fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces aplicables a las empresas insolventes.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la insolvencia adoptado por un país se había convertido en factor decisivo a la hora de evaluar a nivel internacional las posibilidades de crédito en un país. Sin embargo, se expresó preocupación por las dificultades que planteaba la elaboración de un régimen internacional de la insolvencia, a causa de los conflictos entre opciones sociopolíticas delicadas y potencialmente divergentes que entrañaba. Ante esas dificultades, se temía que la labor no pudiera culminar con éxito. Se dijo que con toda probabilidad no sería factible elaborar una ley modelo de aceptación universal y que en toda labor debía adoptarse un criterio flexible para dejar margen a los Estados en la elección de opciones y en sus decisiones. Si bien la Comisión apoyó ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía comprometerse definitivamente a establecer un grupo de trabajo para elaborar una legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

3. Con objeto de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones de tanteo en que un grupo de trabajo prepararía una propuesta de viabilidad que se sometería al examen de la Comisión en su 33º período de sesiones. Ese período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo en su informe (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo la preparación de una descripción general de los objetivos fundamentales y de las características esenciales de un sólido régimen en materia de insolvencia que regulara las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores y la reestructuración de empresas insolventes por vía extrajudicial, así como una guía legislativa con soluciones flexibles para lograr esos objetivos y características, incluido un examen de otras posibles soluciones y sus correspondientes ventajas e inconvenientes.

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

beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la secretaría de la CNUDMI, en colaboración con la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia y la Asociación Internacional de Abogados, organizó en Viena, del 4 al 6 de diciembre de 2000, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados.

6. En su 34° período de sesiones, celebrado en el año 2001, la Comisión tuvo ante sí el informe del Coloquio (A/CN.9/495)

7. La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y encomió la labor realizada hasta la fecha, particularmente en lo que respecta a la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en cuestiones de derecho de insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía revestir la labor futura y la interpretación del mandato encomendado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato encomendado al Grupo de Trabajo en el 33º período de sesiones de la Comisión debía interpretarse de manera amplia para garantizar que el texto elaborado, que había de redactarse en forma de guía legislativa, tuviera la flexibilidad adecuada. A fin de evitar que la guía legislativa fuera demasiado general y abstracta, para dar a los legisladores la orientación necesaria, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de elaborar un texto lo más concreto posible. Para ello, debían prepararse, en la medida de lo posible, disposiciones legislativas modelo, incluso si sólo abarcaban algunas de las cuestiones que debía tratar la guía.

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, en su 24º período de sesiones celebrado en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, comenzó a ocuparse del tema examinando el primer proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504.

9. En el presente informe se enuncian la introducción, definiciones, la primera parte: “Objetivos fundamentales” y el capítulo I, y la Segunda parte: “Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia”, del Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. Las secciones II-VI de la segunda parte: “Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia” figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.58.

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Introducción

1. Estructura y alcance de la Guía

10. El propósito de la presente Guía es ayudar a elaborar marcos jurídicos eficaces y eficientes en materia de insolvencia. El asesoramiento que se presta en la Guía tiene por objeto establecer un equilibrio, por una parte, entre las disposiciones necesarias para promover la pronta utilización de un régimen de insolvencia y las

posibilidades de acceso a éste a fin de obtener la máxima utilidad de los activos tangibles e intangibles de una empresa de manera justa y equilibrada para los interesados y evitar la desvalorización provocada por la demora, y por la otra, las diversas cuestiones de interés público.

11. El presente informe y el documento A/CN.9/WG.V/WP.58 enuncian el texto del Proyecto de Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. El presente informe contiene la Introducción, una nota sobre terminología, las definiciones, los objetivos fundamentales y la segunda parte, capítulo I: *Introducción a los procedimientos de insolvencia*. La segunda parte, capítulos II-VI, que se enuncian en el documento A/CN.9/WG.V/WP.58 tratan de las disposiciones sustantivas fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de insolvencia. Cada una de las esferas del tema se divide en dos secciones. La primera sección ofrece una introducción analítica de las cuestiones planteadas por cada esfera fundamental del tema respecto de los procedimientos de liquidación y de reorganización y examina cuestiones normativas y enfoques comparativos. La segunda sección proporciona un resumen de los objetivos de las disposiciones legislativas respecto de cada esfera fundamental del tema y recomendaciones en cuanto a los enfoques que se pueden seguir. Se tiene la intención de que esta segunda sección contenga también disposiciones legislativas que indiquen de qué forma se pueden poner en práctica las recomendaciones.

12. La Guía no aborda cuestiones relativas a los aspectos transfronterizos del régimen de la insolvencia, como el trato de los acreedores extranjeros. Esas cuestiones se examinan en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, por lo que se recomienda tener en cuenta ese texto además de la presente Guía. La Guía no tiene por objeto modificar ni enmendar en absoluto ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo.

2. Terminología utilizada en la Guía y función de las definiciones

13. El único propósito de las siguientes definiciones es proporcionar orientación al lector de la Guía. Muchos términos, como "acreedor garantizado", "liquidación" y "reorganización", pueden tener significados sustancialmente diferentes en distintas jurisdicciones, razón por la cual incluir las definiciones correspondientes en la Guía puede coadyuvar a que los conceptos que en ella figuran sean comprensibles para todos. Los términos incluidos en el proyecto de Guía no han sido examinados todavía por el Grupo de Trabajo y contienen diversas alternativas posibles que aparecen entre corchetes.

Referencias de la Guía al "tribunal"

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

de la sencillez el proyecto de Guía utiliza la palabra “tribunal” de la misma forma que se utiliza en el artículo 2 e) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza para referirse a una autoridad judicial o a otra autoridad competente para controlar y supervisar un procedimiento de insolvencia.

3. Definiciones

Acción de anulación: Una acción que permite que las operaciones se cancelen o se dejen sin efecto de otra manera. Se podrían evitar así, por ejemplo, operaciones a) entre un deudor y un acreedor que tengan por objeto crear una preferencia en favor de ese acreedor en perjuicio del conjunto de los acreedores [salvo que se lleven a cabo en el curso normal de las operaciones comerciales], que hayan tenido lugar [dentro de un plazo determinado] antes de la apertura del procedimiento, o b) en virtud de las cuales los activos del deudor se hayan transferido por un valor injusto, o c) en virtud de las cuales los activos del deudor se hayan transferido de manera fraudulenta.

Acreedor garantizado: Un acreedor amparado por una garantía real que abarca todos o una parte de los bienes del deudor o por una garantía real sobre un bien determinado que le otorga prelación frente a otros acreedores con respecto a los bienes gravados.

Acreedor posterior a la apertura del procedimiento: Un acreedor cuyo crédito ha nacido después de abrirse el procedimiento de insolvencia.

Apertura del procedimiento: [La fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia] o [La fecha a partir de la cual entra en vigor la decisión judicial, definitiva o no, de abrir el procedimiento de insolvencia].

Centro de principales intereses: El lugar en que el deudor administra sus negocios habitualmente, verificable como tal por terceros.

Compensación: Equiparación de un crédito relativo a una suma adeudada a una persona con un crédito perteneciente a la otra parte, relativo a una suma adeudada por la primera persona. Puede invocarse como excepción total o parcial frente a la reclamación de una suma.

Compensación global por saldos netos: Puede consistir en la compensación (véase ‘compensación’) de bienes fungibles no monetarios (como valores o productos de entrega inmediata, lo que se conoce como ajuste de cuentas) o, en su forma más importante, en la cancelación por una parte de contratos en curso con el insolvente seguida de la compensación de pérdidas y ganancias en cualquiera de los dos sentidos (compensación por liquidación).

Concordato: [En el contexto de una reorganización,] un acuerdo entre el deudor y [la mayoría de] los acreedores por el cual estos últimos acuerdan con el deudor o entre ellos mismos aceptar del deudor el pago de menos que la cantidad que se les debía para la plena liquidación de sus demandas o una reducción o aplazamiento de las deudas o la redefinición de las condiciones de pago.

Contratos pendientes: Contratos en curso [y que no se han ejecutado o que no se han ejecutado plenamente] en la fecha de apertura del procedimiento.

Crédito: Un derecho exigible a reclamar dinero o bienes.

Crédito garantizado: Un crédito respaldado por una garantía real constituida en garantía de una deuda que se puede reclamar en caso de que el deudor no pague la deuda a su vencimiento.

Créditos preferentes: Pagos u otras transacciones hechas por una entidad insolvente que colocan al acreedor en una posición mejor de la que hubiera tenido si no se hubieran hecho dichos pagos o dichas transacciones.

Decisión de insolvencia: Decisión del tribunal de abrir un procedimiento de insolvencia [y de nombrar a un representante de la insolvencia] (véase también Apertura del procedimiento).

Demanda preferente: Véase Demanda prioritaria.

Demanda prioritaria: Demanda que se abonará con cargo a los bienes disponibles antes de pagar a los deudores generales no garantizados.

Deuda garantizada: [Cuantía global de los créditos garantizados] o [créditos pertenecientes a los acreedores garantizados].

Deuda no garantizada: La cuantía global de los créditos que no están respaldados por una garantía real.

Deudor: Persona o entidad que participa en una empresa mercantil y que puede ser o es objeto de un procedimiento de insolvencia, con excepción de las entidades reguladas por un régimen especial de la insolvencia [incluidas las instituciones bancarias y financieras, las compañías de seguros [*y otras entidades*]].

Establecimiento: Lugar en que el deudor lleva a cabo de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 f)).

Garantía: Un bien sujeto a un derecho real en beneficio de uno o más acreedores, que están facultados para venderlo en caso de incumplimiento (véase "crédito garantizado").

Insolvencia: [Situación en que el deudor es [puede llegar a ser] incapaz o ya no es capaz de pagar sus deudas y cumplir sus otras obligaciones a su vencimiento] o [Situación en que el valor de las deudas y obligaciones del deudor sobrepasa el valor de los bienes] o [Situación en que el deudor cesa en general o suspende el pago de sus deudas y el cumplimiento de sus obligaciones a su vencimiento y el activo en efectivo es insuficiente] o [Situación en que el deudor cesa el pago de deudas importantes y delicadas como alquileres, salarios y aportes de seguridad social].

Junta de acreedores: Órgano representativo nombrado por [el tribunal] [el representante de la insolvencia] [los acreedores en conjunto] que está facultado para actuar en nombre e interés de los acreedores y que posee facultades consultivas y otras facultades que se especifiquen en el régimen de insolvencia.

Liberación: Una resolución judicial que libera a un deudor de todas las obligaciones que se hubieran especificado o se hubieran podido especificar en el procedimiento de insolvencia, incluidos los contratos que se hubieren modificado como parte de una reorganización.

Liquidación: Proceso por el cual se reúnen los bienes de un deudor, se dispone de ellos y se los distribuye en beneficio [del patrimonio de la insolvencia y] de los acreedores, entre ellos los accionistas [seguido de la disolución de la entidad jurídica], ya sea por medio de la venta por partes o de la venta de todos o de la mayoría de los bienes del deudor en unidades productivas de explotación o como negocio en marcha.

Mecanismo de imposición: Mecanismo que permite que el apoyo de una clase de acreedores en favor de un plan de reorganización se utilice para que el plan resulte vinculante para otras clases de acreedores que no han dado su consentimiento.

Negocio en marcha: La base según la cual se continúa y vende una empresa a título de totalidad de la empresa en liquidación, a diferencia de cuando se van vendiendo poco a poco los bienes de la empresa.

Normas prioritarias: Las normas según las cuales la distribución se ordena entre deudores e intereses de equidad.

Pari passu: Principio según el cual se concede un trato igualitario a los acreedores de la misma categoría [y se les paga en forma proporcional con los activos del insolvente].

Patrimonio de la insolvencia: Bienes del deudor controlados por el representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;
[Bienes y derechos con valor monetario que pertenecen al deudor en la fecha de la apertura del procedimiento y después de ésta [todo lo cual constituye el patrimonio del deudor para atender a las reclamaciones de los acreedores]] o [bienes y derechos con valor monetario que pertenecen al deudor [y de los que los acreedores pueden disponer en calidad de garantía]].

Período de observación: [En el contexto de un procedimiento de insolvencia unitario (véase la Segunda parte)] período durante el cual se debe establecer la posibilidad o la imposibilidad de reorganizar la empresa.

Plan de reorganización: Plan para reorganizar la empresa [y otorgar reparación al deudor] presentado por [el deudor][los acreedores][el representante de la insolvencia] [y confirmado por el tribunal], en el que se abordan cuestiones como el momento de iniciar el proceso, los compromisos que se contraerán, las condiciones de pago y las garantías que se ofrecerán a los acreedores, las acciones de anulación que se podrán entablar y el trato que se dará a los contratos pendientes, entre ellos los contratos de trabajo.

Preferencia: Pago u otras operaciones a cargo de una entidad insolvente a raíz de lo cual un acreedor queda en una mejor posición que la que habría tenido sin tal preferencia.

Prioridad absoluta: Prioridad cuyo resultado será que las demandas a las que se refiere la prioridad se pagarán antes que las demandas administrativas.

Procedimiento de insolvencia: Procedimiento colectivo que entraña la desposesión [parcial o total] del deudor y el nombramiento de un representante de la insolvencia [con fines de liquidación o reorganización de la empresa] [y que abarca tanto el procedimiento de liquidación como el de reorganización].

Procedimiento involuntario: Procedimiento de insolvencia iniciado por solicitud de los acreedores o por la oficina del ministerio público [*o por otra entidad*].

Procedimientos voluntarios: Procedimientos de insolvencia que se abren a instancias del deudor.

Reorganización: Proceso de reestructuración de una entidad insolvente con miras a [la rehabilitación del deudor y a] restablecer el bienestar financiero y la viabilidad del negocio por diversos medios, por ejemplo, la condonación de la deuda, el reescalonamiento del servicio de la deuda, la capitalización de la deuda [y la venta de la empresa o partes de la empresa como negocio en marcha].

Representante de la insolvencia: [Persona [o entidad] nombrada por el tribunal que se encarga de administrar el patrimonio del deudor [y de ayudar a los directivos de la empresa a administrarla y vigilar la gestión de ésta] con miras a la liquidación o la reorganización de la empresa]; o persona [o entidad] nombrada por el tribunal de la insolvencia a quien en la fecha de apertura del procedimiento se transfieren las facultades [de los directivos de la empresa] del deudor para administrar o vender [los bienes incluidos en] el patrimonio de la insolvencia o disponer de [éstos] éste actuando bajo la supervisión del tribunal. Esas facultades comprenden, por ejemplo, determinar o ayudar a determinar lo que se adeuda a los acreedores, enajenar [los bienes pertenecientes a] el patrimonio de la insolvencia, distribuir el producto entre los acreedores y entablar acciones de anulación.

Representante preliminar de la insolvencia: Persona o entidad nombrada por el tribunal de la insolvencia en caso de grave crisis del deudor que impida el funcionamiento normal de su negocio para que se encargue provisionalmente de velar por que la empresa siga en marcha si se inhabilita al deudor o a los directivos de la empresa (posiblemente en relación con una reorganización).

Reserva de la propiedad (financiación de la propiedad): Disposición de un contrato para el suministro de bienes que prevé la reserva de la propiedad de los bienes a favor del proveedor hasta que los bienes se paguen.

Retención prioritaria: Prioridad concedida a acreedores posteriores a la apertura del procedimiento que prevalecen sobre todos los demás acreedores, incluidos los acreedores garantizados.

Suspensión del procedimiento: Paralización de la facultad de los acreedores para entablar o llevar adelante acciones individuales de ejecución y restitución, de carácter judicial, administrativo o de otra índole, o para obtener la posesión de bienes pertenecientes al patrimonio de la insolvencia, o para crear, perfeccionar o hacer valer una garantía real sobre bienes pertenecientes al patrimonio de la insolvencia.

Tribunal: Una autoridad judicial u otra autoridad competente para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia: Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, artículo 2 e).

Primera parte

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1. Maximizar el valor de los bienes

15. El régimen de la insolvencia debe ofrecer la posibilidad de reorganización del deudor como alternativa en lugar de la liquidación. En la reorganización los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor del deudor para la sociedad y para los acreedores aumentaría al máximo al permitírsele que continuase sus actividades. Con frecuencia los acreedores pueden obtener el valor máximo más con la reorganización que con la liquidación.

2. Hallar el punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización

16. El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de mantener al deudor como empresa viable mediante la reorganización (que a menudo es lo que prefieren los acreedores no garantizados) y otras consideraciones de política social como la promoción del desarrollo de una clase empresarial y la protección de las fuentes de trabajo. [Un “arreglo” o “método” formulado en sentido amplio y encaminado a lograr un rendimiento máximo y disminuir al mínimo los efectos de la insolvencia comprendería una variedad de técnicas de insolvencia y evitaría toda preferencia implícita por una técnica frente a otra].

3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares

17. El régimen de la insolvencia debe conceder un trato equitativo a los acreedores que se hallan en una situación análoga, tanto extranjeros como nacionales. Por trato equitativo no se entiende que todos los acreedores deben ser tratados igualmente, sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor y las prerrogativas de los titulares de créditos o derechos que nazcan por imperio de la ley. El régimen de la insolvencia debe abordar los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en caso de penuria financiera disponiendo medios para evitar actos que menoscaben el trato equitativo de los acreedores.

4. Garantizar la apertura del procedimiento y la solución de las insolvencias en forma oportuna, eficiente e imparcial

18. Las insolvencias se deben abordar y resolver en forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de los negocios y las actividades del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento. La ley debe facilitar el fácil acceso al proceso de insolvencia por referencia a criterios claros y objetivos, brindar un medio conveniente de identificar, reunir, preservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del

deudor, facilitar la participación del deudor y de sus acreedores con el mínimo de retraso y gastos que sea posible, ofrecer una estructura apropiada para la supervisión y administración del proceso y brindar, como resultado final, un alivio eficaz de las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.

5. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor

19. Un régimen de insolvencia debe estar bien ordenado e impedir que los activos del deudor queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a recuperar deudas individuales. Esa forma de obrar reduce a menudo el valor total del conjunto de bienes disponibles para liquidar todas las demandas contra el deudor y puede impedir la reorganización. Una suspensión de la acción incoada por el acreedor brinda un margen de tranquilidad a los deudores, pues permite un examen adecuado de su situación financiera y facilita tanto la obtención del valor máximo de los bienes como un tratamiento equitativo de los acreedores. Quizá haya que prever algún mecanismo para lograr que los derechos de los acreedores garantizados no queden perjudicados por la suspensión.

6. Proporcionar un procedimiento previsible y transparente que contenga incentivos para reunir y suministrar información

20. Un procedimiento eficiente y eficaz de insolvencia permitirá que los que sean responsables de la administración y supervisión del proceso de insolvencia (tribunales o entidades administrativas, el representante de la insolvencia) y los acreedores evalúen la situación financiera del deudor y determinen la solución más apropiada. La ley de insolvencia debe velar por que se disponga de información adecuada sobre la situación del deudor, que se brinden incentivos para animar a revelar su posición o, cuando proceda, sanciones si el deudor no lo hace. La ley de insolvencia debe ser previsible y transparente, para que los acreedores y prestamistas potenciales puedan comprender de qué forma actúa el proceso de insolvencia y puedan evaluar el riesgo asociado con su posición como acreedor en caso de insolvencia. En la medida de lo posible una ley de insolvencia debe indicar claramente toda otra disposición de otras leyes que pueda afectar la marcha del procedimiento de insolvencia.

7. Reconocer los derechos existentes del acreedor y respetar las demandas prioritarias con un proceso previsible

21. El reconocimiento y el cumplimiento, en el marco del proceso de insolvencia, de los diversos derechos que los acreedores tienen aparte de la insolvencia creará certidumbre en el mercado y facilitará la obtención de créditos. Es importante que haya normas claras para la determinación del orden de las prioridades de las demandas de acreedores ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento para así ofrecer claridad a los que concedan crédito, para velar por su aplicación coherente, para lograr que haya confianza en el proceso y que todos los participantes estén en condiciones de adoptar medidas apropiadas para gestionar el riesgo.

8. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza

22. A efectos de fomentar la coordinación entre las jurisdicciones y para facilitar la prestación de asistencia en la administración de un procedimiento de insolvencia que se origine en un país extranjero, las leyes sobre insolvencia deben comprender normas sobre las insolvencias transfronterizas, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

Segunda parte

Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia

I. Introducción a los procedimientos de insolvencia[1]

A. Características generales de un régimen de insolvencia

23. Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones cuando vencen los plazos, se hace necesario prever un mecanismo único para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes (tangibles o intangibles) pertenecientes a ese deudor. Son muchos y muy diversos los intereses de que tiene que ocuparse ese mecanismo jurídico: – el deudor, los propietarios y la gestión del deudor, los acreedores que hay que atender en grado diverso, los empleados, los acreedores fiscales, los que avalan la deuda y los acreedores no garantizados, así como las instituciones gubernamentales, comerciales y sociales y prácticas que tienen que ver con el diseño del mecanismo y con el marco institucional necesario para su funcionamiento. La mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen reglas sobre diversos tipos de procedimientos que pueden iniciarse para hacer frente a esa situación, que cabe denominar genéricamente “procedimientos de insolvencia”. Aunque tienen una finalidad común, que es solucionar las dificultades financieras del deudor, esos procedimientos revisten formas diferentes, que incluyen elementos formales o no, para los cuales no se utiliza siempre una terminología uniforme.

24. La elaboración de una ley eficaz y eficiente de insolvencia requerirá el estudio de distintas cuestiones comunes, que son de carácter sustantivo e institucional. Las cuestiones sustantivas, que se examinan detalladamente en la Segunda parte de la presente Guía, incluyen las siguientes:

a) la determinación de los deudores que pueden quedar sometidos a procedimientos de insolvencia y los deudores que pueden quedar sometidos a un régimen especial de insolvencia;

b) la determinación del momento en que se puede iniciar el proceso de insolvencia y del tipo de procedimiento que se puede iniciar, la parte que puede pedir que se inicie el procedimiento y la posibilidad de que los criterios para iniciar

[1] El contenido del capítulo I se basa en la labor del Banco Asiático de Desarrollo, del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial.

el procedimiento sean diferentes según la parte que pide que el procedimiento comience;

c) hasta qué grado debe permitirse que el deudor mantenga el control de la gestión una vez que comiencen los procedimientos o si debe quedar apartado de la gestión y debe nombrarse a una parte independiente (que en la presente Guía se denomina representante de la insolvencia) para que supervise y gestione la actuación del deudor;

d) la protección de los bienes del deudor contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia. Si una suspensión se aplica al comienzo y a la continuación de las acciones de los acreedores una vez que comiencen los procedimientos de insolvencia, esa suspensión debe aplicarse también a los acreedores garantizados en cuyo caso se determinará la forma de proteger el valor de sus intereses garantizados durante el procedimiento de insolvencia;

e) hasta qué grado el representante de la insolvencia tendrá la autoridad de interferir con las condiciones de los contratos concertados por el deudor antes de que comenzara el procedimiento, que se hayan cumplimentado totalmente o no;

f) el grado en que el representante de la insolvencia puede evitar determinados tipos de transacciones que son fraudulentas, o que, de no serlo, perjudicarían el interés de los acreedores;

g) la preparación del plan de reorganización y las limitaciones, si las hubiere, que se impondrán al contenido del preparador del plan y las condiciones requeridas para su aprobación y ejecución;

h) la prioridad de los acreedores a efectos de la distribución de los fondos resultantes de la liquidación; y

i) […].

25. Además de esas esferas temáticas concretas, una cuestión de carácter más general que hay que abordar es si una ley de insolvencia modificará efectivamente otras leyes sustantivas. Por ejemplo, si una ley de insolvencia afecta a las leyes sobre empleo que brindan determinadas protecciones a los empleados, si se trata de leyes que limitan la disponibilidad de compensaciones monetarias o de otro tipo, de leyes que limiten la conversión de deuda por capital social y de leyes que impongan controles de divisas y de inversiones extranjeras que puedan influir en el contenido de un plan de reorganización (véase A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 113 y 114; Contratos de empleo, párrs. 228-230; Empleados, párrs. 116-123; Compensación monetaria y contratos financieros, párrs. 272-274; Contenido [del plan de reorganización]).

B. Tipos de procedimientos de insolvencia

26. Se pueden determinar dos tipos principales de procedimientos: liquidación (que generalmente es un procedimiento oficial), y reorganización (que puede ser un procedimiento oficial, un procedimiento no oficial o, en algunos casos, una combinación de procedimientos oficiales y no oficiales). La división tradicional entre esos dos tipos de procesos, sin embargo, es bastante artificial y puede crear

una polarización e inflexibilidad innecesarias. No se aplica, por ejemplo, a casos que no se sitúen fácilmente en los extremos; casos en que un enfoque flexible de la situación financiera del deudor conseguirá probablemente los mejores resultados para el deudor y para los acreedores por maximizar el valor del fondo de insolvencia (lo que puede requerir una combinación de procesos, a veces tanto oficiales como no oficiales). Otra de las dificultades podría deberse a que no siempre es nítida la distinción entre los procedimientos comerciales de liquidación y los de reorganización. El término "reorganización", por ejemplo, se usa a veces para definir un modo particular de asegurar la conservación y una posible revalorización del valor del patrimonio de la insolvencia en el contexto de los procedimientos de liquidación. Éste es el caso, por ejemplo, cuando la ley prevé que la liquidación se lleve a cabo mediante el traspaso de la empresa, como negocio en marcha, a otra entidad. En esas situaciones, el término "reorganización" designa simplemente una técnica distinta de la liquidación tradicional (es decir, la venta pura y simple de los bienes), que se utiliza con el fin de obtener el máximo valor posible del patrimonio de la insolvencia.

27. Por las razones antedichas, es conveniente que una ley de insolvencia prevea más de una posibilidad de elección entre un proceso de liquidación estrictamente tradicional y un tipo determinado de proceso de reorganización. El concepto de reorganización puede aceptar una diversidad de arreglos que no necesitan detallarse específicamente en una ley de insolvencia. Quizá baste con que el régimen de reorganización permita obtener resultados que sean superiores a los que se obtendrían si la entidad se liquidase (en realidad, la reorganización puede prever una liquidación eventual o la venta de la empresa).

28. Al examinar las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de insolvencia, la presente Guía se centra en un procedimiento de liquidación, por una parte, y en un procedimiento de reorganización, por la otra. Ahora bien, la adopción de este enfoque no tiene por finalidad indicar una preferencia por tipos particulares de procesos ni una preferencia por la forma en que los diferentes procesos deben integrarse en una ley de insolvencia. Cabe decir, más bien, que la Guía procura comparar y contrastar los elementos fundamentales de los diferentes tipos de procedimientos y promover un enfoque que se centre en la obtención de los resultados máximos para las partes involucradas en un proceso de insolvencia. Esto se puede conseguir mediante la elaboración de una ley de insolvencia que incorpore los elementos formales tradicionales en una forma que promueva tanto la máxima flexibilidad como la utilización de procesos no formales cuando sean los más eficaces.

1. Liquidación

29. En los procedimientos denominados de "liquidación" se prevé que una autoridad pública (que suele ser, aunque no necesariamente, un tribunal judicial que actúa por conducto de un oficial nombrado con este fin) se haga cargo de los bienes del deudor con miras a dar forma monetaria a los bienes no monetarios y a distribuir posteriormente su producto de manera proporcional entre los acreedores. Esos procedimientos suelen terminar en la liquidación o en la desaparición del deudor como entidad jurídica comercial, si bien en algunos casos los bienes pueden venderse conjuntamente como negocio en marcha. [Otros términos utilizados en ese

tipo de procedimiento incluyen el de bancarrota, liquidación, *faillite*, quiebra y *Konkursverfahren*].

30. Este tipo de procedimiento es prácticamente "universal" en su concepto, su aceptación y su aplicación. Suele desarrollarse del modo siguiente[2]:

a) solicitud de la entidad insolvente o de los acreedores ante un tribunal u otro órgano competente;

b) orden o sentencia de liquidación de la entidad;

c) designación de un tercero independiente encargado de dirigir y administrar la liquidación;

d) clausura de los negocios de la entidad;

e) final de las facultades de los propietarios y los cargos directivos y del empleo de los empleados;

f) venta de los activos de la entidad;

g) resolución de las reclamaciones de los acreedores;

h) distribución de los fondos disponibles entre los acreedores (conforme a algún tipo de prelación); e

i) disolución de la entidad.

31. Hay diversas justificaciones jurídicas y económicas para el proceso de liquidación. Hablando en términos generales, una entidad comercial que no puede competir en una economía de mercado competitiva puede decirse que no tiene lugar en ella y que por lo tanto debe eliminarse del mercado. Uno de los rasgos principales para identificar a una entidad que no es competitiva es el hecho de resultar insolvente. Más concretamente, puede enfocarse la necesidad de procedimientos de liquidación como la necesidad de procedimientos que se ocupen de los problemas entre acreedores (cuando los activos de un deudor insolvente no basten para atender las demandas de todos los acreedores, lo mejor que pueden hacer los acreedores en su propio beneficio es procurar recuperar lo que reclaman antes de que otros acreedores puedan obrar de forma análoga) y como fuerza disciplinaria que constituye un elemento esencial de una relación sostenible deudor-acreedor. Un procedimiento eficaz y adecuado de liquidación aborda el problema de la relación entre acreedores poniendo en marcha un procedimiento colectivo que procura evitar las acciones que, aunque los acreedores estimen que redundan en su mejor interés, conduzcan esencialmente a una pérdida de valor para todos los acreedores. Un procedimiento colectivo está destinado a proporcionar un trato equitativo a todos los acreedores y a maximizar el valor de los bienes del deudor para beneficio de todos los acreedores. Esto se suele conseguir normalmente mediante la imposición de una suspensión de la capacidad de los acreedores para imponer sus derechos individuales en contra del deudor y mediante el nombramiento de una persona independiente cuya función principal consista en maximizar el valor de los bienes del deudor para su distribución entre los acreedores.

---

[2] Véase "Law and policy reform at the Asian Development Bank", report on RETA 5795: insolvency law reforms in the Asian and Pacific region, abril de 2000, pág. 35.

32. Los procedimientos de liquidación son también una importante medida disciplinaria que constituye un elemento esencial de toda relación sostenible entre deudor y acreedor. Por ejemplo, pueden brindar un mecanismo adecuado y relativamente previsible por cuyo conducto se puedan reconocer los derechos de los acreedores. Esos procedimientos no solamente brindan a los acreedores un elemento de previsibilidad cuando adopten sus decisiones en materia de préstamo, sino que en términos más generales promueve el interés de todos los participantes en la economía por facilitar la concesión de créditos y el desarrollo de los mercados financieros.

2. Reorganización

a) Procedimiento oficial de reorganización

33. Una alternativa a la liquidación será el recurso a un proceso destinado a salvar a una empresa en vez de liquidarla. Ese proceso, que puede revestir una de diversas formas y que puede ser menos universal en su concepto, aceptación y aplicación que la liquidación, puede definirse con diversos nombres, entre ellos reorganización, rescate, reestructuración, cambio completo, rehabilitación, arreglo, composición, *concordat préventif de faillite*, *suspensión de pagos*, *administración judicial de empresas*, *and Vergleichsverfahren*. En aras de la sencillez, en el proyecto de Guía se utiliza el término “reorganización” en una amplia acepción para referirse al tipo de procedimiento cuya finalidad es, en última instancia, ofrecer al deudor la posibilidad de superar sus dificultades financieras y de reanudar o proseguir con normalidad sus operaciones comerciales.

34. Una de las justificaciones para incluir un procedimiento de reorganización en una ley de insolvencia es la posibilidad de equilibrar la doctrina de un régimen de liquidación ya que no todas las entidades que fracasan en un mercado competitivo tienen que ser necesariamente liquidadas. Una entidad que tenga una perspectiva de supervivencia razonable (por ejemplo, una entidad que posea un negocio potencialmente rentable) debe recibir esa oportunidad, especialmente si se puede demostrar que es más valioso (y, por deducción, más beneficioso para los acreedores a largo plazo) mantener a esa empresa esencial y a otros componentes de la entidad juntos. Los procedimientos de reorganización están destinados a dar a una entidad más margen para recuperarse de sus dificultades temporales de tesorería o una posibilidad más permanente de superar su exceso de deuda y, cuando sea necesario, brindarle una oportunidad de reestructurar sus operaciones y sus relaciones con acreedores. Cuando la reorganización es posible, generalmente la preferirán los acreedores si el valor derivado del funcionamiento continuo de la entidad mejora el valor de sus demandas. Ahora bien, la reorganización no implica que la entidad quede completamente restablecida o que se abone la totalidad de lo adeudado a los acreedores. Tampoco significa necesariamente que la propiedad y la gestión de una entidad insolvente hayan de mantener y conservar sus posiciones respectivas. En general, la reorganización significa que sea cual fuere la forma de plan o de arreglo que se convenga, los acreedores recibirán con el tiempo más que si la entidad se hubiera liquidado.

35. Ese resultado se puede conseguir recurriendo a procedimientos que revestirán diversas formas. Puede incluir, por ejemplo, un sencillo acuerdo en materia de

deudas (que se puede mencionar como acomodamiento) en el que, por ejemplo, los acreedores convengan en recibir un porcentaje determinado de lo que se les deba a título de liquidación plena, completa y final de sus demandas contra el deudor. De esta manera las deudas quedan reducidas y la entidad recupera la insolvencia y puede seguir funcionando. También pueden incluir una reorganización compleja en cuya virtud, por ejemplo, las deudas de la entidad insolvente se reestructuran (por ejemplo, ampliando el plazo del préstamo y el período durante el cual haya que hacer los pagos, aplazando el pago de los intereses o modificando la identidad de los prestamistas); algunas deudas se pueden convertir en capital social junto con una reducción (o incluso eliminación) del capital social existente; se pueden vender los bienes que no sean básicos; y se puede poner término a las actividades mercantiles que no sean provechosas. La elección de la forma en la que la reorganización se va a llevar a cabo constituye típicamente una respuesta al volumen de los negocios y al grado de complejidad de la situación específica del deudor.

36. Si bien el proceso de reorganización no es tan universal como el de liquidación y, por consiguiente, no presenta siempre las mismas características, cabe enumerar una serie de elementos claves o esenciales del proceso, a saber[3]:

a) la sumisión voluntaria de una entidad al proceso, que puede entrañar o no procedimientos judiciales y control o supervisión judicial;

b) la suspensión automática y obligatoria de todas las acciones y de todos los procedimientos entablados respecto de los bienes de la entidad, lo cual afecta a todos los acreedores durante un período limitado;

c) la continuación de la actividad comercial de la entidad a cargo de la dirección existente o de un director independiente o con una combinación de ambas opciones;

d) la formulación de un plan en que se prevé el tratamiento que se dará a los acreedores, a los accionistas y a la propia entidad;

e) el examen del plan por parte de los acreedores y una votación de éstos sobre su aceptación;

f) posiblemente, la sanción judicial del plan aceptado; y

g) la ejecución del plan.

37. Aunque los beneficios de la reorganización se aceptan en general, el grado en que se confía en los procedimientos de reorganización formal para conseguir los objetivos de la reorganización varía según los países. En general se reconoce que la existencia de un procedimiento de liquidación puede facilitar la reorganización de una entidad, sea por procedimientos de reorganización formal, sea por medios no formales mediante un proceso extrajudicial (la existencia del régimen formal actúa como incentivo tanto para los acreedores como para los deudores para llegar a un acuerdo apropiado). En realidad, en muchas economías la reorganización suele tener lugar a título no formal “a la sombra” del régimen formal de insolvencia. Ahora bien, a menudo existe una correlación entre el grado de dificultad financiera que experimente el deudor y la dificultad que presente la solución apropiada. Cuando, por ejemplo, un solo banco esté implicado, es probable que el deudor pueda

[3] Ibíd., párr. 41.

negociar a título no formal con ese banco y resolver sus dificultades sin involucrar a los acreedores comerciales. Cuando la situación financiera sea más compleja y exija la participación de un gran número de tipos diferentes de acreedores, quizá se precise un grado mayor de formalidad para encontrar una solución que responda a los intereses y objetivos tan diferentes de los acreedores.

38. A pesar de la existencia de procesos no formales, los procedimientos de reorganización formal pueden brindar un mecanismo para la reorganización de la empresa que beneficie a los intereses de todos los participantes en la economía. En primer lugar, como una reorganización extrajudicial requiere la unanimidad de los acreedores, el recurso a procedimientos de reorganización formal puede ayudar a conseguir una reestructuración en la que el deudor y una mayoría de acreedores puedan imponer un plan a una minoría disidente de acreedores, especialmente cuando haya acreedores que se resistan a participar en las negociaciones extrajudiciales. En segundo lugar, la economía moderna ha reducido considerablemente el grado en que puede elevarse al máximo el valor de una entidad mediante la liquidación. En los casos en los que los conocimientos técnicos y la buena voluntad sean más importantes que los bienes materiales, la preservación de los recursos humanos y de las relaciones de negocios son elementos esenciales de valores que no se pueden materializar mediante una liquidación. En tercer lugar, es más probable conseguir beneficios económicos a largo plazo mediante procedimientos de reorganización, ya que dichos procedimientos animan a los deudores a adoptar medidas antes de que se agraven sus dificultades financieras. Por último, hay consideraciones sociales y políticas que se beneficiarán si existen procedimientos de reorganización que, por ejemplo, protegen a los empleados de una entidad en dificultades.

b) Procedimientos no formales de reorganización

39. Hace años el sector bancario elaboró procesos no formales, como alternativa a los procesos de reorganización formal. Dirigidos por bancos y financieros internacionalmente activos e influidos por dichos bancos y financieros, los procesos no formales se han ido extendiendo gradualmente hasta abarcar un número considerable de jurisdicciones. La utilización de los procesos no formales ha estado limitada generalmente a los casos de dificultades financieras corporativas o a los casos de insolvencia en los que se debe una deuda considerable a bancos y financieros. El proceso está encaminado a conseguir un acuerdo entre los propios prestamistas y entre el prestamista y el deudor para la reorganización de la entidad deudora, con reajuste de la financiación o sin reajuste. Una reorganización no formal puede brindar un medio de introducir sensibilidad en un sistema de insolvencia mediante la reducción de la dependencia respecto de una infraestructura judicial, facilitando una respuesta proactiva de los acreedores más temprana de lo que sería normalmente posible en el seno de regímenes formales y evitando el estigma que a menudo recae en la insolvencia. Ahora bien, el sistema depende de la existencia de un marco formal de insolvencia que prevea sanciones que coadyuven al éxito del proceso no formal. A menos que el deudor y sus acreedores bancarios y financieros aprovechen la oportunidad para unir sus esfuerzos e iniciar el proceso no formal, el deudor o los acreedores pueden invocar la ley de insolvencia formal, con la posibilidad de detrimento tanto para el deudor como para sus acreedores.

40. Los procesos no formales pueden revestir diversas formas, que van desde un proceso completamente informal basado en principios no vinculantes con un marco de negociación colectivo que no involucra al sistema judicial (aunque confíe en la existencia de un sistema formal eficaz y eficiente a título de ventaja), hasta un proceso que utilice un mecanismo de administración judicial a fin de hacer cumplir un plan convenido en negociaciones no formales y para vincular a los acreedores con ese plan. Cuando las negociaciones se desarrollan en un marco extrajudicial y el deudor y la mayoría de los acreedores están de acuerdo con el plan, para el proceso de aprobación se puede seguir un mecanismo de acción rápida.

41. Cuestiones que han de abordarse:

[*condiciones necesarias para los procedimientos efectivos no formales y procesos requeridos para llevar a cabo procedimientos no formales*]

[*A/CN.9/504, párr. 161: Se señaló que algunas de estas consideraciones guardaban relación con la guía legislativa sobre el régimen formal de la insolvencia que preparaba el Grupo de Trabajo y que convendría estudiar la forma de lograr una vinculación entre los procedimientos oficiosos y el proyecto de guía. En particular, se sugirió que en el proyecto de guía se estudiaran las distintas opciones, se expusieran las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y se indicara el modo en que podían integrarse en un régimen de reorganización. A este respecto, se observó que cuanto mayor era la precariedad financiera del deudor, más difícil resultaba hallar la solución apropiada. Por ejemplo, cuando entre los acreedores figuraban bancos aislados, había probabilidades de que el deudor pudiera negociar oficiosamente con un banco y resolver sus dificultades sin intervención de los acreedores comerciales. En cambio, cuando la situación financiera era más compleja y requería la intervención de numerosos acreedores de distintos tipos, era necesario recurrir a un procedimiento más formal. Se sugirió que se presentaran de este modo a los legisladores las distintas posibilidades existentes y los procedimientos a que podía recurrirse. Se convino en que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta esas consideraciones al preparar las secciones del proyecto de guía relativas a la reorganización y en particular que en el proyecto de guía se abordara la cuestión de los procedimientos de reorganización expeditos para llevar a cabo reestructuraciones del tipo descrito en el documento A/CN.9/WG.V/WP.55 (incluidos los arreglos de ámbito tanto transfronterizo como interno).*]

i) Procesos completamente informales

42. Cuestiones que han de abordarse:

[*A/CN.9/504, párr. 159: Con respecto a los procesos totalmente oficiosos, se sugirió que el Grupo de Trabajo examinara la labor que realizaban otras organizaciones, como la Declaración de Principios del Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores (enunciada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.55) y otros tipos similares de directrices.*]

43. Un método es el “Enfoque de Londres” que se basa en directrices no vinculantes comunicadas por el Bank of England a los bancos comerciales. Se insta

a los bancos a que adopten una actitud positiva respecto de sus deudores que se hallan en dificultades financieras. Las decisiones acerca del futuro a largo plazo del deudor deben adoptarse únicamente sobre la base de una información muy completa, que compartirán todos los bancos y otras partes interesadas que participen en un acuerdo sobre el futuro del deudor. La financiación provisional se obtendrá mediante un acuerdo de suspensión y subordinación, y los bancos trabajarán junto con los demás acreedores a fin de llegar a una opinión colectiva sobre la concesión de una ayuda financiera a la entidad deudora y sobre las condiciones en que dicha ayuda se debe conceder.

ii) Procesos administrativos

44. Cuestiones que han de abordarse:

[*A/CN.9/504, párr. 160: Con respecto a los marcos administrativos, se tomó nota de tres tipos de experiencias y se sugirió que en el proyecto de guía se examinaran los ejemplos pertinentes y las circunstancias en que habían resultado útiles y los casos en que cabría aplicarlos en el futuro. En particular, se señaló que habían sido útiles en situaciones en que los tribunales no eran las entidades adecuadas para resolver las cuestiones o estaban simplemente desbordados por la magnitud del fracaso del sistema.*]

45. En los últimos años alguna jurisdicciones afectadas por crisis han desarrollado formas “estructuradas” semioficiales de procesos no formales, inspiradas en gran parte por bancos gubernamentales o bancos centrales, para tratar de los problemas financieros y técnicos del sector bancario. Estos procesos se han desarrollado sobre una pauta similar. En primer lugar, cada una tenía una agencia facilitadora para promover y, en parte, coordinar y administrar la reorganización no formal a fin de proporcionar los incentivos y la motivación necesarios para desarrollar los procesos no formales. En segundo lugar, cada proceso está respaldado por un acuerdo entre bancos comerciales en el cual los participantes convienen en seguir una serie de “normas” respecto de los deudores corporativos que tengan deudas con uno o más de los bancos y que puedan participar en el proceso. Las normas disponen los procedimientos que han de seguirse y las condiciones que han de imponerse en los casos en que se intenta llevar a cabo la reorganización corporativa. En algunas de las jurisdicciones, una entidad deudora que desea negociar una reorganización no formal ha de convenir en la aplicación de esas normas. En tercer lugar, se fijan plazos de tiempo para las diversas partes de los procedimientos y, en algunos casos, los acuerdos de principio se remiten al tribunal competente para que una reorganización formal tenga lugar de acuerdo con la ley. Además, una jurisdicción estableció una junta estatutoria que poseía facultades amplísimas para adquirir préstamos fallidos del sector bancario y financiero e imponer a continuación procesos extrajudiciales a un deudor corporativo incumplidor, incluida una reorganización forzada o impuesta.

iii) Procesos híbridos

46. Cuestiones que han de abordarse:

[*A/CN.9/504, párr. 159: Con respecto a los procedimientos en que se combinaban elementos informales y formales, el Grupo de Trabajo tal vez deseara estudiar cómo se habían desarrollado estos procedimientos en el*

mundo y examinar en particular la función que desempeñaban las autoridades judiciales y administrativas, así como el momento en que se producía la intervención.]

47. Algunos países han adoptado lo que cabe definir como "procedimientos de preinsolvencia" que, en efecto, son una combinación híbrida de procedimientos de reorganización extrajudicial y de procedimientos de reorganización formal. En el marco de una ley de insolvencia, se han promulgado normas que permiten que el tribunal apruebe un plan de reorganización con arreglo a la ley de insolvencia a pesar de que el apoyo requerido de los acreedores como condición para la aprobación del tribunal con arreglo a dicha ley se obtuvo durante una votación que tuvo lugar antes de que comenzaran los procedimientos de reorganización formal. Esas normas de insolvencia "preempaquetadas" están destinadas a reducir los costos al mínimo y a disminuir los retrasos que se sufren en los procedimientos de reorganización formal, al mismo tiempo que brindan un medio por el que se puede aprobar un plan de reorganización aunque no se cuente con el apoyo unánime de los acreedores.

48. Otra ley de insolvencia dispone que a fin de facilitar la conclusión de un arreglo amistoso con sus acreedores, un deudor puede pedir al tribunal que nombre a un "agente de conciliación". El agente de conciliación no posee facultades concretas pero puede pedir al tribunal que imponga una suspensión de la ejecución contra todos los acreedores si, en su opinión, una suspensión facilitaría la concertación de un acuerdo extrajudicial. Durante la suspensión, el deudor no puede hacer ningún pago a fin de atender reclamaciones anteriores (excepto en el caso de los sueldos) ni disponer de ningún bien salvo para el funcionamiento corriente de la empresa. El procedimiento finaliza cuando se llega a un acuerdo con todos los acreedores o (previa aprobación del tribunal) con los acreedores principales; en ese último caso, el tribunal puede prolongar la suspensión contra los acreedores no participantes en el acuerdo mediante el reconocimiento de un período de espera de hasta dos años para el deudor.

49. Cuestiones que han de abordarse:

[*A/CN.9/WG.V/WP.55, párrs. 22 y 23:* [*Otro enfoque se basa en] un marco jurídico en el que se dispondrían procedimientos acelerados de insolvencia para la reestructuración voluntaria de las deudas de capital (deudas y obligaciones frente a proveedores de fondos institucionales) de empresas internacionales insolventes, sobre la base de la aprobación de la reestructuración por una mayoría obligatoria de los principales acreedores de cada categoría afectada, y el examen judicial de la idoneidad de la reestructuración a la luz de criterios internacionales de reestructuración apropiados. Las principales características del marco propuesto son: la posibilidad de declarar una moratoria breve para permitir que concluyan las negociaciones de reestructuración voluntaria; la solicitud de aprobación de la reestructuración por los acreedores antes de iniciar el procedimiento judicial; la aprobación obligatoria del 75% del número y valor de las reclamaciones de los acreedores de las categorías afectadas; procedimientos acelerados de insolvencia para la aprobación de la reestructuración por un tribunal competente en materia de insolvencia a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes, y criterios jurídicos mínimos de aprobación judicial de la reestructuración*]

C. Relación entre los procedimientos de liquidación y de reorganización

50. En ciertas circunstancias, el mejor modo de satisfacer las necesidades derivadas de la insolvencia de un deudor radica en la liquidación de todos los bienes de éste y en la subsiguiente distribución del producto entre los acreedores. Sin embargo, en otras circunstancias es posible que la liquidación no sea el mejor medio para maximizar el valor de los recursos de la empresa insolvente. En realidad, como ya se ha indicado, ocurre a veces que la liquidación pura y simple de los bienes sólo permite a los acreedores cobrar una parte del valor nominal de sus créditos. En tales casos, la reorganización de la empresa con el fin de conservar sus recursos humanos y la buena voluntad de ésta pueden resultar más eficaces para maximizar el valor de los créditos de los acreedores, permitiéndoles recibir un trato más favorable o incluso cobrar íntegramente la deuda. Este puede ser el caso cuando, por ejemplo, el valor del negocio se base en bienes intangibles (como derechos de propiedad intelectual) y no en bienes tangibles.

51. También puede haber, en un determinado ordenamiento jurídico, razones políticas y sociales para preferir la reorganización a la liquidación. Algunos países pueden estimar que los procedimientos de reorganización pueden cumplir una amplia función social, no sólo alentando a los deudores a recurrir a la reorganización antes de que sus dificultades financieras lleguen a un extremo sino también ofreciéndoles una “segunda oportunidad”, con lo cual se fomenta el desarrollo económico y el crecimiento. De forma análoga, la protección de los empleados de una empresa en dificultades puede ser una consideración importante que influye tanto en el diseño de la ley de insolvencia como en la elección de la reorganización mejor que la liquidación. A causa de la importancia concedida a estos objetivos políticos y sociales en algunos regímenes jurídicos, muchos países reconocen que para que un régimen de la insolvencia sea eficaz y funcione debe prever procedimientos tanto de liquidación como de reorganización.

52. Aunque muchas leyes de insolvencia incluyen tanto procedimientos de liquidación como procedimientos de reorganización, los enfoques discrepan mucho en cuanto a la estructura del procedimiento que se traduce en la elección de uno de esos sistemas. Algunas leyes de insolvencia disponen un procedimiento de insolvencia unitario y flexible, que culmina con la liquidación o la reorganización según las características del caso. Otras legislaciones establecen dos procedimientos distintos, cada uno de ellos con sus requisitos concretos de solicitud y apertura y con diferentes posibilidades de pasar de un tipo de procedimiento a otro.

53. Las legislaciones que regulan por separado los procedimientos de liquidación y reorganización se guían por distintas consideraciones de política social y comercial con miras a cumplir diferentes objetivos (véase …). No obstante, los procedimientos de liquidación y reorganización tienen mucho en común, por lo que se producen considerables vínculos y duplicaciones entre ellos, tanto en cuestiones de procedimiento como de fondo, como se verá en el análisis que figura a continuación en esta Segunda parte.

54. Cuando la ley de insolvencia prevé dos procedimientos distintos, para elegir el procedimiento que va a seguirse debería determinarse, al menos teóricamente, si la empresa del deudor insolvente es viable. Ahora bien, en la práctica resulta a menudo

imposible determinar de forma definitiva, al iniciar uno de los dos procedimientos, si la empresa es financieramente viable. De ahí que la legislación deba prever vínculos entre ambos tipos de procedimiento a fin de que se pueda convertir un tipo de procedimiento en el otro en determinadas circunstancias específicas, e incluir mecanismos para evitar que se utilicen abusivamente los procedimientos de reorganización, como por ejemplo que se comiencen procedimientos de reorganización como medio de evitar o de demorar la liquidación (véase ...).

55. En cuanto a la cuestión de la elección de procedimientos, en algunos países se prevé que la parte que solicita el procedimiento de insolvencia puede optar inicialmente por la liquidación o la reorganización. Cuando uno o más acreedores inician un procedimiento de liquidación, la legislación prevé a veces un mecanismo para que el deudor pueda solicitar que el procedimiento pase a ser de reorganización. Cuando el deudor solicita un procedimiento de reorganización, tanto por iniciativa propia como a raíz de una solicitud de liquidación hecha por un acreedor, sería lógico que se decidiera en primer lugar sobre la reorganización. No obstante, a fin de proteger a los acreedores, algunos regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo en virtud del cual la reorganización puede transformarse en liquidación si se comprueba que la reorganización no tiene posibilidades de prosperar. Otro mecanismo de protección de los acreedores puede consistir en que se fije un plazo máximo para toda reorganización decidida en contra de la voluntad de los acreedores.

56. En virtud de un principio general, normalmente los procedimientos de liquidación y reorganización, aunque suelan regularse por separado, se llevan a cabo de forma consecutiva, es decir, sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización. En algunos regímenes de la insolvencia se parte del principio general de que debe procederse a la reorganización de la empresa y de que sólo pueden iniciarse procedimientos de liquidación cuando fracasen todos los intentos de reorganización. En algunos regímenes que prevén la transformación de un tipo de procedimiento en otro, según las circunstancias enunciadas por la legislación, el deudor, los acreedores o el representante de la insolvencia pueden pedir que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación. Entre estas circunstancias puede figurar la de que el deudor no pueda pagar las deudas posteriores a la solicitud en la fecha de vencimiento; el hecho de que no se haya aprobado el plan de reorganización; o el incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones enunciadas en un plan aprobado o el intento del deudor de defraudar a los acreedores. Si bien es posible a menudo transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no permiten volver a la reorganización una vez que se haya pasado de reorganización a liquidación.

57. Las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación, y no de reorganización, han hecho que algunos países revisaran su régimen legal de la insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento “unitario”. En virtud de este enfoque “unitario” se aplica el mismo procedimiento a toda situación de insolvencia; así, durante un período inicial (generalmente denominado “período de observación”, que en las legislaciones unitarias existentes puede durar hasta tres meses) no existe ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o

liquidada. La decisión sobre si habrá un procedimiento de liquidación o de reorganización no se adopta hasta que se comprueba si es posible o no proceder a la reorganización. La ventaja fundamental de esta modalidad radica en la simplicidad del procedimiento. Además, un procedimiento unitario simple que permita tanto la reorganización como la rehabilitación puede alentar a los deudores con dificultades financieras a recurrir sin tardanza al procedimiento, con lo cual aumentarán las probabilidades de éxito de la rehabilitación.

F. Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.58) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
Segunda parte.	Disposiciones fundamentales para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente		540
II.	Demanda y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia	1-39	540
A.	Alcance del régimen de la insolvencia	1-9	540
1.	Observaciones generales	1-9	540
2.	Ámbito de aplicación: resumen y recomendaciones sobre el régimen de la insolvencia	–	543
B.	Criterios para la demanda y la apertura de un procedimiento de insolvencia	10-39	544
1.	Observaciones generales	10-39	544
2.	Demanda y declaración de apertura de un procedimiento: resumen y recomendaciones	–	553
III.	Consecuencias de la apertura de un procedimiento de insolvencia	40-151	555
A.	La masa de la insolvencia	40-52	555
1.	Observaciones generales	40-52	555
2.	Masa de la insolvencia: resumen y recomendaciones	–	558
B.	Protección de la masa de la insolvencia	53-83	559
1.	Observaciones generales	53-83	559
2.	Protección de la masa de la insolvencia: resumen y recomendaciones	–	567
C.	Régimen aplicable a los contratos	84-123	569
1.	Observaciones generales	84-123	569
2.	Régimen aplicable a los contratos: resumen y recomendaciones	–	579
D.	Acciones de nulidad	124-151	581
1.	Observaciones generales	124-151	581
2.	Anulación: resumen y recomendaciones	–	588
IV.	Administración del procedimiento	152-252	589
A.	Derechos y obligaciones del deudor	152-170	589

	1. Observaciones generales	152-170	589
	2. Derechos y obligaciones del deudor: resumen y recomendaciones	–	595
B.	Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia	171-186	596
	1. Observaciones generales	171-186	596
	2. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia: resumen y recomendaciones	–	601
C.	Financiación posterior a la apertura del procedimiento	187-191	602
	1. Observaciones generales	187-191	602
	2. Financiación posterior a la apertura del procedimiento: resumen y recomendaciones	–	604
D.	Juntas de acreedores	192-212	604
	1. Observaciones generales	192-212	604
	2. Juntas de acreedores: resumen y recomendaciones	–	609
E.	Créditos y demandas de los acreedores y su tratamiento	213-252	610
	1. Observaciones generales	213-252	610
	2. Créditos de los acreedores y el régimen que se les aplica: resumen y recomendaciones	–	620
V.	Liquidación y distribución	253-260	622
A.	Prioridades en la distribución	253-255	622
	1. Observaciones generales	253-255	622
	2. Prioridades en la distribución: resumen y recomendaciones	–	622
B.	Exoneración	256-260	623
	1. Observaciones generales	256-260	623
	2. Exoneración: resumen y recomendaciones	–	624
VI.	Plan de reorganización	261-299	624
	1. Observaciones generales	261-299	624
	2. Planes de reorganización: resumen y recomendaciones	–	634

[La Introducción, la primera parte y el capítulo I de la segunda parte del proyecto de Guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.57]

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Segunda parte

Disposiciones fundamentales para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

II. Demanda y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia

A. Alcance del régimen de la insolvencia

1. Observaciones generales

a) Deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia

1. Una importante cuestión previa a la preparación de un régimen general de la insolvencia es la de determinar cuáles son los deudores a los que será aplicable dicho régimen. En la medida en que se excluya a un deudor de dicho régimen, ese deudor dejará de gozar del amparo que ofrece y no estará sujeto a su disciplina. Los criterios de admisibilidad en dicho régimen indicarán la índole de los deudores cuyo negocio podrá ser objeto de liquidación o de reorganización, así como la índole de los negocios que quedarán excluidos del ámbito de aplicación de este régimen. Ello suscita la cuestión de si la ley ha de distinguir entre los deudores que sean personas físicas y los que sean sociedades mercantiles, lo que suscitará a su vez cuestiones de política general y de política social o de otra índole que diferirán para una y otra categoría. La política hacia el endeudamiento y la insolvencia de una persona física refleja a menudo actitudes culturales que no son aplicables a una sociedad mercantil. Cabe citar como ejemplos la actitud social hacia el endeudamiento de un negocio personal o de una sociedad mercantil; el auxilio otorgable al deudor que no pueda atender al servicio de su deuda; la degradación de la condición personal del deudor por efecto de la quiebra; y la liberación eventual de ciertas deudas o medidas ejecutorias. En contraste, la política aplicable a la insolvencia de una sociedad mercantil se regirá por consideraciones económicas y comerciales dimanantes de la importante función de dichas entidades en la economía y de la necesidad de que esas consideraciones queden reflejadas en el régimen aplicable a la insolvencia.

2. Por todo ello, el régimen de la insolvencia tal vez deba distinguirá entre los comerciantes individuales y las sociedades de diversa índole que pueden intervenir en actividades comerciales e indicar cuál será el régimen de insolvencia (personal o comercial) aplicable a uno u otro tipo de comerciante (es decir, a una sociedad comercial o a un comerciante individual). Se han ideado para ello diversos criterios basados en la índole del negocio, en el nivel de endeudamiento y en la relación entre ese endeudamiento y la índole del negocio. Ahora bien, la experiencia de algunos países sugiere que si bien las actividades de los comerciantes individuales forman parte del comercio, es preferible que esas actividades se rijan por el régimen de la insolvencia personal, ya que en última instancia el propietario de un negocio

personal [un negocio no constituido en persona jurídica o social] será personalmente responsable, sin límite alguno, por las deudas de su negocio. La insolvencia de los comerciantes individuales plantea asimismo difíciles cuestiones en materia de exoneración (liberación del deudor de su responsabilidad total o parcial por concepto de ciertas deudas una vez concluido el procedimiento) y embargo eventual de los sueldos percibidos con posterioridad a la insolvencia, así como asuntos de índole personal relativos, por ejemplo, al arreglo concertado a raíz de una sentencia de divorcio. Además, la inclusión del supuesto de la insolvencia personal en el régimen de la insolvencia comercial puede perjudicar la aplicación del régimen de la insolvencia al dar a la insolvencia una connotación aún más socialmente objetable. Convendría que se tuvieran en cuenta estas consideraciones al preparar un régimen para la insolvencia comercial. La presente Guía no se ocupa de esas distinciones sino de la conducta en sí de los negocios, con independencia de cuál sea el vehículo por el que se lleven a cabo las actividades comerciales.

3. Un régimen general de la insolvencia puede ser aplicable a todo tipo de negocios, tanto privados como públicos, particularmente los de empresas públicas que compiten en el mercado como sociedades comerciales sujetas a los mismos avatares comerciales y económicos de una empresa privada. La propiedad pública de una empresa no suministra, de por sí, una base para excluirla del régimen general de la insolvencia. La sumisión de esas empresas a ese régimen ofrece la ventaja de someterlas a la disciplina del mercado al dar claramente a entender que no gozarán de un apoyo financiero ilimitado del sector público. Cabría exceptuar de esta política general a toda empresa cuyos compromisos hayan sido explícitamente garantizados, por alguna razón de orden público, por las autoridades. Cuando el régimen de las empresas públicas forme parte de una política macroeconómica especial, por ejemplo, de un programa de privatización general, no estaría de más que se examinara la conveniencia de promulgar alguna norma especial que resuelva toda cuestión pertinente que pueda surgir, por ejemplo, en materia de insolvencia.

4. Si bien puede ser conveniente que la protección y la disciplina de un régimen de la insolvencia beneficien a la más amplia gama posible de entidades, cabe prever un tratamiento diferenciado para ciertas entidades. Ese trato diferenciado puede justificarse, por ejemplo, por razones de orden público, como podría ser la protección debida al consumidor. Puede también ser conveniente para cierto tipo de entidades de índole especializada, como los bancos y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o de productos básicos, por ser costumbre que todas estas entidades estén sujetas a algún régimen reglamentario especial. La presente guía no se ocupa en particular de ninguna de las consideraciones especiales que puedan ser aplicables a entidades de esta índole.

b) Aplicabilidad del régimen de la insolvencia

i) Centro de sus principales intereses

5. Además de reunir los atributos comerciales requeridos, el deudor deberá tener una vinculación suficiente con el Estado del foro para estar sujeto a su régimen de la insolvencia.

6. Si bien en algunos ordenamientos se utiliza como factor de conexión el denominado establecimiento principal de la empresa deudora, la CNUDMI ha

adoptado en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza ("La Ley Modelo de la CNUDMI") el denominado "centro de principales intereses" del deudor como factor determinante del lugar donde deberá celebrarse el "procedimiento principal" contra ese deudor. Ese término se utiliza también en el proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional y en el Reglamento Nº 1346/2000 de 29 de mayo de 2000, del Consejo Europeo (CE) relativo a los procedimientos de insolvencia (denominado en adelante "el Reglamento del CE"). La Ley Modelo de la CNUDMI no define este término, en el Reglamento del CE se indica que esa expresión debe entenderse como "el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar". Otro factor de conexión adecuado sería el indicado en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 3 del Reglamento de la CE, a saber: se presumirá que el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social, o su residencia habitual si se trata de una persona física, salvo que se demuestre que el centro de sus principales intereses se encuentra en algún otro lugar. Todo deudor debe quedar sujeto al régimen de la insolvencia del Estado donde tenga el centro de sus principales intereses.

7. Sin que sea óbice la adopción del "centro de los principales intereses" del deudor como factor de conexión, cabe prever que un deudor que posea bienes situados en dos o más Estados satisfaga las condiciones para quedar sujeto al régimen de la insolvencia de más de un Estado, ya sea porque se apliquen, en esos Estados, diversos criterios para determinar la competencia del foro respecto del deudor o porque se apliquen diversas interpretaciones de un mismo criterio, dando así lugar a que se abra un procedimiento aparte contra ese deudor en cada uno de esos países. En esos casos, será conveniente disponer de un régimen basado en la Ley Modelo de la CNUDMI que resuelva los problemas de coordinación y cooperación, que no dejarán de surgir entre esos procedimientos.

ii) Establecimiento

8. En algunos ordenamientos está prevista la apertura de un procedimiento de insolvencia en todo Estado donde el deudor tenga un establecimiento. En el artículo 2 de la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza de la CNUDMI se define el término "establecimiento" como "todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios". El Reglamento del Consejo Europeo contiene una definición similar que, sin embargo, omite la referencia a "servicios". Básicamente, por ello, el establecimiento será un centro de operaciones comerciales del deudor, sin que sea necesariamente el centro de sus principales intereses. Esta definición es importante para la estructura global de la Ley Modelo de la CNUDMI, ya que sirve para determinar los procedimientos que sólo podrán reconocerse como procedimientos no principales, dado que el procedimiento principal requerirá para su apertura la presencia del centro de los principales intereses del deudor. El Reglamento del Consejo Europeo ha previsto la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario en todo territorio donde el deudor posea un establecimiento, pero la competencia del foro que entienda de ese procedimiento se extenderá únicamente a los bienes del deudor situados en el territorio de ese Estado.

iii) Presencia de bienes

9. Algunos ordenamientos prevén la apertura de un procedimiento de insolvencia por un deudor, o contra un deudor, que tenga o haya tenido bienes en el territorio del Estado del foro sin exigir que el deudor posea en dicho territorio un establecimiento o el centro de sus principales intereses. Se ha de hacer una distinción al respecto entre los procedimientos que sean de liquidación o de reorganización de la empresa; si bien la presencia de bienes en un territorio puede servir de base para abrir un procedimiento de liquidación respecto de esos bienes, la mera presencia de esos bienes no justificaría la apertura de un procedimiento de reorganización. El recurso al criterio de la mera presencia de bienes en el territorio de un Estado suscitará el problema de la pluralidad de foros competentes, así como de la apertura de diversos procedimientos, lo que dará lugar a cuestiones de coordinación y cooperación que estén ya resueltas en la Ley Modelo de la CNUDMI.

2. Ámbito de aplicación: resumen y recomendaciones sobre el régimen de la insolvencia

1) Las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de un régimen de la insolvencia tienen por objeto determinar:

a) los deudores a los que será aplicable ese régimen;

b) los deudores que, por serles aplicable un régimen especial de la insolvencia, quedarán excluidos del ámbito de aplicación del régimen general;

c) los criterios que han de observarse para la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante.

2) Un régimen de la insolvencia debe ser aplicable al procedimiento de insolvencia que se abra contra [todos los deudores] [todas las sociedades mercantiles o comerciales] cuya actividad sea comercial [, así como a toda empresa pública que se dedique [al comercio] [a actividades comerciales].

3) Los bancos, las compañías de seguros y demás empresas expresamente designadas, que estén sujetas a reglamentaciones especiales o a un régimen especial de la insolvencia, podrán ser excluidas del ámbito de aplicación del régimen general de la insolvencia.

4) Podrá abrirse un procedimiento de insolvencia por o contra un deudor que tenga el centro de sus principales intereses en el Estado promulgante.

5) A falta de prueba en contrario, se presumirá que toda persona jurídica posee el centro de sus principales intereses en el Estado de su domicilio social.

6) A falta de prueba en contrario, se presumirá que toda persona física posee el centro de sus principales intereses en el Estado de su lugar de residencia habitual.

7) Podrá abrirse un procedimiento de liquidación por o contra un deudor que tenga un establecimiento en el Estado promulgante, pero la competencia del foro que entienda de dicho procedimiento deberá quedar limitada a los bienes del deudor que estén situados en el territorio de ese Estado.

B. Criterios para la demanda y la apertura de un procedimiento de insolvencia

1. Observaciones generales

10. Los criterios que han de reunirse para demandar la apertura de un procedimiento de insolvencia, o para declarar abierto ese procedimiento, son esenciales a todo régimen de la insolvencia. Al definir los requisitos para toda demanda de apertura de un procedimiento de insolvencia, esos criterios sirven para determinar cuáles son las empresas que estarán sujetas a la disciplina, y podrán acogerse a la protección, de un procedimiento de insolvencia, y quién podrá demandar su apertura.

11. Como principio general sería conveniente que el acceso al procedimiento de insolvencia sea relativamente sencillo, poco costoso y rápido a fin de alentar a toda empresa insolvente, o en graves dificultades, a acogerse voluntariamente a su régimen. Sería también conveniente que dicho acceso sea flexible en términos de la diversidad de procedimientos disponibles, de la facilidad de acceso al procedimiento que más convenga a la situación de determinado deudor, y de la posibilidad de pasar de un tipo de procedimiento a otro, cuando así proceda. Todo criterio restrictivo al respecto podría desalentar tanto al deudor como a sus acreedores, demorando así el recurso a este procedimiento, lo cual puede dar lugar a una merma del valor de los bienes o comprometer el éxito del procedimiento, especialmente en supuestos de reorganización. Esa facilidad de acceso deberá ser, no obstante, contrarrestada por ciertas salvaguardias que impidan todo abuso de este procedimiento. Cabe que un deudor, que no esté en dificultades financieras, solicite la apertura de un procedimiento para disfrutar de las medidas de amparo previstas por el régimen de la insolvencia, tales como la paralización automática de ciertas actuaciones, pese a no encontrarse en la imposibilidad de pagar plenamente a sus acreedores, que es lo que justifica esas medidas. Por su parte, ciertos acreedores que sean competidores del deudor podrían recurrir a este procedimiento para perturbar el negocio del deudor y obtener así una ventaja competitiva.

12. Los ordenamientos difieren en cuanto a los criterios que deben cumplirse para que pueda abrirse un procedimiento. Algunos ofrecen diversos juegos de criterios y distinguen entre los criterios que serán aplicables a la apertura de un procedimiento, según sea ese procedimiento de liquidación o de reorganización, y entre los que serán aplicables a la demanda de apertura, según sea presentada dicha demanda por un deudor o por un acreedor.

a) Liquidación

13. El derecho interno de la insolvencia suele prever que la demanda de apertura de un procedimiento de liquidación pueda ser presentada por el deudor (designado habitualmente procedimiento voluntario), por uno o más de los acreedores (designado procedimiento involuntario) o por imperio de la ley cuando el incumplimiento por el deudor de algún requisito legal dé lugar a una apertura automática de un procedimiento de insolvencia (descrito igualmente como involuntario).

14. Un criterio muy difundido para decidir la apertura de un procedimiento de liquidación es el de la liquidez de caja o de tesorería que requiere que el deudor haya suspendido pagos o se encuentre en la imposibilidad de pagar sus deudas a su vencimiento. El recurso a este criterio tiene por objeto activar el procedimiento en una fase lo bastante temprana de la crisis financiera de la empresa deudora para minimizar la dispersión eventual de sus bienes y evitar que los acreedores embarguen o se posesionen de bienes que mutilen el patrimonio de la empresa en detrimento colectivo de sus acreedores. Demorar la apertura a una etapa ulterior en la que el deudor pueda ya demostrar la gravedad de su situación financiera mediante, por ejemplo, la presentación de su balance (arrojando un pasivo que supere su activo), sólo serviría para interrumpir una carrera ya en curso entre los acreedores por cobrar sus créditos.

15. Un inconveniente que se aduce contra el empleo del criterio de la suspensión general de pagos para la apertura de un procedimiento de liquidación respecto de una empresa que sólo padezca dificultades pasajeras de liquidez o de tesorería quedaría eliminado si se dispusiera que ese procedimiento podrá ser ulteriormente desestimado o transformado, por ejemplo, en un procedimiento de reorganización (véase la sección I.C, párr. 56). Cabe citar como remedios contra el abuso de este procedimiento los siguientes: la desestimación o conversión ulterior de ese procedimiento, y la imposición de sanciones, o del pago a la otra parte de una indemnización, a toda persona que recurra indebidamente a este procedimiento. Como supuestos que darían lugar a la aplicación de estas medidas cabe citar el recurso por el deudor a la insolvencia como amparo contra un único acreedor o como forma de burlar o privar a sus acreedores del pago oportuno y pleno de sus créditos, así como la demanda por un acreedor de una declaración de insolvencia contra el deudor en lugar de alguna medida ejecutoria (tal vez demasiado lenta) o la tentativa de eliminar a una empresa competidora del mercado o de obtener algún pago preferencial.

16. El recurso al criterio de la suspensión general de pagos varía de un régimen de la insolvencia a otro. En algunos países sirve de base para la apertura de un procedimiento tanto de liquidación como de reorganización, y en el supuesto de que se opte por la liquidación cabrá transformar ulteriormente ese procedimiento en otro de reorganización. En otros ordenamientos, sólo cabe utilizar este criterio para la apertura de un procedimiento de reorganización, que sólo podrá transformarse en un procedimiento de liquidación si se demuestra que la reorganización de la empresa no es viable. Una tercera posibilidad es la de emplear este criterio para abrir un procedimiento unitario o polivalente (véase la sección I.C, párr. 57) que tan sólo podrá transformarse en un procedimiento de liquidación o de reorganización tras una fase de evaluación de la empresa.

17. Como alternativa del criterio de la suspensión general de pagos cabe citar el criterio del balance con un excedente del pasivo sobre el activo que sea indicio de apuros financieros graves. Este criterio puede dar una medida inexacta de la insolvencia si las normas de contabilidad o las técnicas de valoración arrojan valores que no son reflejo del justo valor de mercado de los bienes del deudor o cuando el mercado financiero no esté lo bastante desarrollado ni sea lo bastante estable para dar ese valor. Además, como criterio para la declaración de insolvencia puede dar lugar a demoras y dificultades de prueba por exigirse a menudo un peritaje de los libros, cuentas y datos financieros de la empresa que determine el

justo valor de mercado de la empresa. Ello es particularmente difícil cuando esos libros no se llevan como es debido o no son fáciles de obtener. Por todo ello este criterio da lugar a menudo a que se abra el procedimiento cuando ya no sea posible reorganizar la empresa. Como criterio de apertura no cabe decir que sea un reflejo fiel de la capacidad del deudor para cumplir colectivamente con sus acreedores cuando su negocio siga en marcha y puede comprometer el objetivo de maximizar el valor de sus bienes. Si bien cabe utilizar este enfoque para ayudar a definir la insolvencia, por las razones anteriormente esbozadas no constituye un criterio lo bastante fiable para servir de único fundamento para esa definición.

i) Demanda de apertura por el deudor

18. En muchos ordenamientos se aplica el criterio de la "suspensión general de pagos" para la demanda por el deudor de la apertura de un procedimiento de liquidación. Si el criterio aplicable es el de un riesgo de insolvencia inminente, la demanda tal vez sólo sea presentable por el deudor. En la práctica, el deudor suele presentar únicamente la demanda como medida de última instancia, cuando ya no puede pagar sus deudas, por lo que no suele verificarse estrictamente el cumplimiento de este criterio. A la luz de ello, el régimen de la insolvencia permite en algunos países que el deudor presente su demanda sobre la base una mera declaración de su situación financiera (declaración que, en el supuesto de una persona jurídica, deberán hacer los consejeros u otros miembros de su órgano rector) sin especificar criterio alguno de deterioro de su situación financiera.

19. Una cuestión que se plantea en toda demanda presentada por el deudor es la de determinar si el deudor estará obligado a presentar una demanda de apertura de un procedimiento al alcanzar cierto estadio de deterioro de su situación financiera. No existen pareceres unánimes al respecto. De imponerse ese deber, en un supuesto de liquidación, se estará protegiendo los derechos de los acreedores al impedir la dispersión de los bienes del deudor y, en un supuesto de reorganización, se mejorarán las probabilidades de éxito al alentarse la pronta apertura del procedimiento. La definición de ese deber puede suscitar, no obstante dificultades prácticas sobre cuándo y cómo será exigible, particularmente cuando toda demora en presentar la demanda de apertura de un procedimiento judicial dé lugar a la responsabilidad de ciertos cargos de la empresa deudora, como sería su personal gerente o su principal órgano rector. En esos supuestos, esa regla desalentaría al deudor de buscar otras soluciones a sus dificultades financieras, tales como un acuerdo de reorganización extrajudicial, que en algunos casos facilitarían una solución más favorable de la crisis. La concesión de incentivos (en forma, tal vez, de protección contra ciertas medidas ejecutorias) será tal vez más eficaz para alentar al deudor a demandar la apertura de un procedimiento con la prontitud deseable.

ii) Demanda presentada por los acreedores

20. De adoptarse el criterio de la suspensión general de pagos para las demandas presentadas por acreedores, los acreedores tendrán tal vez dificultades en probar que se da esa situación. Si bien no es probable que los acreedores tengan dificultad en probar que el deudor ha incumplido uno o más de los pagos que les sean debidos, no será tan fácil presentar pruebas de que el deudor haya incurrido en una suspensión general de pagos. Debiera ser relativamente sencillo presentar prueba adecuada de una presunción de insolvencia del deudor, sin necesidad de imponer una carga

probatoria excesiva sobre los acreedores. Al tratar de definir un criterio de prueba suficiente para acreditar una suspensión general de pagos, que esté al alcance de los acreedores, tal vez baste, como índice objetivo de esta suspensión, probar que el deudor no ha pagado, dentro de cierto plazo, alguna deuda vencida respecto de la que se le haya presentado una reclamación escrita de pago. Ahora bien, es evidente que los acreedores cuyos créditos no hayan vencido podrán estar igualmente interesados en la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esto puede ser particularmente cierto respecto de los titulares de créditos a largo plazo que tal vez nunca lleguen a adquirir, conforme a este criterio, derecho a demandar la apertura de un procedimiento, siendo no obstante innegable que sus créditos se verán afectados por las actividades del deudor. Ahora bien, definir una prueba que permita que dichos acreedores presenten una demanda puede plantear graves dificultades de prueba, particularmente en lo relativo a la situación financiera del deudor. Si el régimen de la insolvencia desea ofrecer a los titulares de créditos no vencidos la posibilidad de presentar una demanda de apertura de un procedimiento, la prueba que les sea exigida no deberá ser demasiado difícil, costosa o lenta.

21. El régimen interno actual de la insolvencia aplica diversos criterios para las demandas de apertura presentadas por acreedores. En algunos países se exige que la demanda sea presentada por más de un acreedor (que tal vez hayan de ser titulares de créditos no garantizados pero de validez no cuestionable); en otros países se exige que sean titulares de créditos vencidos cuyo valor acumulativo supere determinada cuota del endeudamiento total (o cierto número de acreedores cuyos créditos supongan cierta cuota del valor global del endeudamiento). Un tercer criterio (aplicable al supuesto de una demanda presentada por un único acreedor) consiste en obligar al deudor a presentar información al tribunal que le permita determinar si el impago de esa deuda resulta de una controversia con ese acreedor o constituye un indicio de falta de liquidez de la empresa deudora.

22. La razón por la que se acostumbra a exigir que la demanda sea presentada por más de un acreedor suele ser la de minimizar el riesgo de que un único acreedor trate de utilizar el procedimiento de insolvencia como sucedáneo del mecanismo normal para la ejecución de su deuda, particularmente cuando esa deuda sea relativamente pequeña. Esta razón no debe menoscabar, sin embargo, la finalidad de facilitar y agilizar la vía de acceso al procedimiento de insolvencia. Por lo demás, cabe responder a esa inquietud requiriendo que el crédito de ese único acreedor ascienda a determinada cuantía (aun cuando la imposición de un umbral cuantitativo tal vez no sea una solución óptima en países en los que la inestabilidad del valor de su moneda pueda obligarlos a enmendar de cuando en cuando el texto de la ley) o adoptando un procedimiento como el anteriormente descrito que obligase al deudor a presentar información pertinente al tribunal. Cabría también imponer a todo acreedor que demande indebidamente un procedimiento de insolvencia ciertas sanciones como sería la de tener que indemnizar por daños al deudor que sea víctima de esa demanda.

23. Si el criterio de apertura exige que los créditos hayan vencido para que los acreedores puedan demandar la apertura, tal vez convenga prever cierta flexibilidad que permita, en supuestos excepcionales, que se declare abierto un procedimiento de insolvencia sin necesidad de que haya vencido ningún crédito. Cabe citar como supuestos excepcionales que existan indicios, por ejemplo, de que el deudor está dando un trato preferente a determinados acreedores o de que el deudor está

actuando fraudulentamente en asuntos financieros, y, en un supuesto de reorganización, cuando se vaya a abrir un procedimiento para poner en marcha algún arreglo previamente negociado.

iii) Demanda de apertura presentada por alguna autoridad pública

24. El régimen de la insolvencia tal vez otorgue a algún órgano público (habitualmente al ministerio fiscal o su equivalente), o a alguna otra autoridad supervisora, una facultad no exclusiva de entablar un procedimiento de liquidación contra toda empresa que haya suspendido pagos o, con un criterio más amplio seguido en algunos países, si se estima que el interés público aconseja que se abra dicho procedimiento. En este supuesto, tal vez no sea preciso demostrar la falta de liquidez de la empresa, permitiendo así que las autoridades pongan término a las operaciones de empresas, por lo demás solventes, que se dediquen a operaciones de índole, por ejemplo, fraudulenta o delictiva. Aun cuando sea conveniente que la autoridad goce, en determinados supuestos, de ciertas facultades de policía, sería claramente indeseable que se abusara de ellas (utilizándolas, por ejemplo, con excesiva facilidad), por lo que esas facultades deberán ser ejercidas con arreglo a directrices bien definidas. Sólo cabría, por ejemplo, entablar procedimientos que sean de liquidación, aun cuando en determinados supuestos sea posible transformarlos en procedimientos de reorganización, sujetos a ciertos controles: por ejemplo de que el negocio sea lícito y de que la gestión de la empresa sea asumida por algún órgano público o un representante de la insolvencia.

[*A/CN.9/504, párr. 35: el Grupo de Trabajo convino, por consiguiente, en que se dieran ciertos criterios que sirvieran de orientación sobre los supuestos que darían lugar a que la autoridad competente ejerza dicha facultad, a fin de impedir eventuales abusos en su ejercicio.*]

b) Reorganización

i) Demanda presentada por el deudor

25. Uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es instituir un marco que aliente a los deudores a afrontar sus dificultades financieras antes de que sea demasiado tarde. De acuerdo con dicho objetivo cabría establecer un criterio que no exija que el deudor haya incurrido en suspensión general de pagos (es decir, bastaría con que se encuentre en una crisis de liquidez) para poder presentar su demanda, sino que permita presentarla en supuestos de dificultades financieras que, caso de no ser resueltas, pudieran llevarle a la insolvencia. Los criterios requeridos para la presentación de una demanda de apertura por el deudor varían de un país a otro. En algunos países, la demanda de un procedimiento de reorganización no ha de responder necesariamente a algún criterio determinado: el deudor podrá presentar la demanda cuando así lo estime oportuno. En otros ordenamientos, en particular aquellos que prevén un procedimiento unitario o inicialmente indiferenciado (véase la sección I.C, párr. 57), facultan al deudor para presentar una demanda si prevé que, en algún momento futuro pudiera no estar en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento.

26. Tal vez se sugiera que esa relajación de los criterios de apertura pueden incitar al deudor a abusar de este procedimiento. Por ejemplo, el supuesto de un deudor

que, sin estar en dificultades financieras, solicita la apertura de un procedimiento para poner en marcha un plan de reorganización que le permita descartar ciertas obligaciones onerosas, tales como algunos contratos laborales o que pretenda con ello privar a sus acreedores del pago puntual y completo de sus deudas. El riesgo de que un deudor abuse de un procedimiento de reorganización dependerá de los criterios exigidos para su apertura, de cómo se haya de preparar el plan de reorganización y del control que se le deje al deudor de su negocio tras la apertura del procedimiento. Cabe prever como posibles remedios contra dicho abuso por parte del deudor que el régimen de la insolvencia faculte al foro competente para desestimar la demanda o que el deudor haya de responder ante sus acreedores de los costos dimanantes del procedimiento y de todo daño que les ocasione.

ii) Demanda presentada por los acreedores

27. Si bien el régimen de la insolvencia suele prever que el procedimiento de liquidación pueda ser demandado tanto por un acreedor como por un deudor, no existe ningún consenso sobre si un procedimiento de reorganización podrá también ser demandado por un acreedor. Dado que uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es dar una nueva oportunidad a los acreedores para obtener el pago de la totalidad o de una parte del valor de sus créditos gracias a la reorganización de la empresa deudora con miras a asegurar la marcha ininterrumpida del negocio, tal vez sea deseable que la facultad de demandar ese procedimiento no sea exclusiva del deudor. Dotar a los acreedores de esa facultad será también un factor determinante a la hora de decidir si se ha de facultar a los acreedores para ser ellos quienes propongan un plan de reorganización (véase la sección VI, Plan de reorganización, *infra*). En algunos ordenamientos se sigue el criterio de que, dado que a menudo los acreedores serán los principales beneficiarios de la reorganización con éxito de una empresa, se debe dar a los acreedores la oportunidad de proponer un plan al respecto. De adoptarse dicho criterio, parece razonable que los acreedores estén también facultados para demandar la apertura de un procedimiento de reorganización.

28. Se sugieren diversos criterios para la apertura de un procedimiento de reorganización de la empresa deudora, cuando su apertura sea demandada por los acreedores. Se ha sugerido que sería difícilmente justificable que rigieran unos mismos criterios de apertura para un procedimiento demandado por los acreedores que para un procedimiento demandado por el deudor. Ello se explica no sólo por la mayor dificultad que tendrán los acreedores en probar la falta de liquidez de la empresa deudora requerida para esa apertura, sino también por juzgarse, en principio, improcedente la apertura de un procedimiento de insolvencia contra el deudor contrariamente a su voluntad, sin que los acreedores hayan demostrado que sus derechos corren ya peligro. Por ejemplo, cabe exigir que los acreedores demuestren que se dispondrá de liquidez suficiente para mantener la marcha normal del negocio durante su reorganización, que el valor del patrimonio de la empresa hace viable la reorganización y que el reembolso de los créditos de los acreedores será probablemente mayor a resultas de un procedimiento de reorganización de la empresa que a resultas de su liquidación. Una de las desventajas de este criterio es que no permite que los acreedores presenten su demanda sin haber efectuado una evaluación a fondo del negocio de la empresa deudora. Para facilitar el acceso a los datos requeridos, el régimen de la insolvencia podría disponer que, de presentar los acreedores una demanda, se encomendará la evaluación de la situación financiera

del deudor a una autoridad independiente. Con ello se evitará que se abra un procedimiento en supuestos donde no proceda, pero se ha de procurar que esos trámites adicionales no demoren la apertura del procedimiento, lo que restaría probabilidades de éxito a la reorganización, dificultando además la maximización del valor patrimonial de la empresa mediante dicha reorganización.

29. La cuestión de la complejidad o sencillez relativas de los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento está estrechamente vinculada a la cuestión de los efectos que ha de detener la apertura de un procedimiento de insolvencia y el curso de ese procedimiento. Cuando el régimen de la insolvencia imponga la paralización automática de ciertas medidas, a raíz de la apertura de un procedimiento, será posible evaluar las posibilidades de proseguir el negocio y reorganizar la empresa con éxito tras la apertura de dicho procedimiento. En otros ordenamientos, esa evaluación habrá de hacerse antes de presentarse la demanda de apertura, ya que para poder optar por un procedimiento de reorganización deberá ser previsible que dicho procedimiento reporte a los acreedores mayores ventajas que la liquidación de la empresa.

30. Por todo ello, tal vez se juzgue oportuno imponer un mismo criterio para la apertura de uno u otro procedimiento a instancia de los acreedores (es decir, la suspensión general de pagos de la empresa deudora; (véanse los párrafos 14 a 20 *supra*). Este criterio respondería tanto al supuesto de la dualidad de procedimientos como al del procedimiento unitario (véase la sección I.C), ya que la imposición de un criterio distinto para la apertura no dependerá tanto del tipo de procedimiento que se vaya a abrir sino de que el demandante sea el deudor o alguno de sus acreedores. La excepción a la regla de que rijan unos mismos criterios de apertura tanto para el procedimiento de liquidación como para el de reorganización se da en aquellos ordenamientos que impiden que tanto el deudor como sus acreedores demanden la apertura del procedimiento de liquidación hasta que no se haya determinado la imposibilidad de reorganizar viablemente la empresa. En este caso, el criterio para la apertura de un procedimiento de liquidación no sería el de una suspensión general de pagos, sino la determinación de que la reorganización de la empresa no sería viable.

31. Al igual que en un procedimiento de liquidación, los criterios exigibles para la demanda de apertura por los acreedores de un procedimiento de reorganización podrán enunciar el requisito de que la demanda sea presentada por cierto número de acreedores o por acreedores que sean titulares de créditos ya vencidos por determinado valor cumulativo, o ambos requisitos a la vez.

c) Cuestiones de procedimiento

i) Decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia

32. Los procedimientos de insolvencia suscitan diversas cuestiones de índole procesal. La primera será la de dilucidar cómo se declara abierto un procedimiento una vez presentada la correspondiente demanda. En muchos países, el foro competente determina, a la luz de la demanda presentada, si se dan los requisitos para declarar abierto el procedimiento. En algunos países, esa determinación correrá a cargo también de un órgano administrativo competente, que asumirá una función básica de supervisión en el curso del procedimiento. La cuestión esencial no está,

sin embargo, en determinar cuál es el órgano competente para adoptar dicha decisión sino cómo deberá proceder ese órgano al adoptar esa decisión. El que las condiciones de acceso a dicho procedimiento sean sencillas, no sólo facilitará la evaluación de la demanda por dicho órgano, al restar complejidad a dicho proceso decisorio con la consiguiente agilización del mismo, sino que reducirá asimismo el costo de los trámites de apertura de un proceso de insolvencia, dotándoles además de una mayor transparencia y predecibilidad (véase la primera parte, Objetivos fundamentales). El costo de esos trámites puede tener suma importancia para supuestos de insolvencia de empresas pequeñas o medianas.

33. Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre la demanda voluntaria y la demanda involuntaria de dicho procedimiento. La demanda voluntaria puede hacer las veces de un reconocimiento de insolvencia para activar automáticamente el procedimiento, salvo que se demuestre que el deudor trata de recurrir indebidamente al procedimiento para burlar a sus acreedores. En el supuesto de una demanda involuntaria, se le pide al tribunal que considere si se cumplen los criterios requeridos para declarar abierto el procedimiento. Conforme a otros ordenamientos, tanto si la demanda es voluntaria como si es involuntaria, se le pedirá al tribunal competente que determine no sólo si se dan o no las condiciones de acceso al procedimiento, sino también que evalúe la gravedad de la situación financiera del deudor para determinar la clase de procedimiento que mejor responda a las dificultades del deudor. Una forma de reducir la complejidad de esa evaluación, sería la de disponer, en primer lugar, que se efectuará una vez declarado abierto el procedimiento a fin de que el tribunal sea asistido por el representante de la insolvencia y otros peritos, y, en segundo lugar, que se podrá transformar un procedimiento de liquidación en otro de reorganización, o viceversa. Si la evaluación requerida es compleja, es posible que transcurra cierto tiempo entre la presentación de la demanda y la declaración de la insolvencia, lo que dará ocasión para que el deudor siga comerciando y contraiga nuevas deudas, algunas de ellas para preservar su flujo de tesorería.

ii) Fijación de un plazo para la declaración de apertura del procedimiento

34. Cuando se le pide al tribunal que declare la apertura de un procedimiento, es deseable que el tribunal decida al respecto con cierto grado de predecibilidad y certidumbre y proceda sin demora a dar curso a las actuaciones. Una manera de conseguirlo sería la de imponer un plazo para denegar u otorgar la apertura del procedimiento tras la presentación de la demanda. Aun cuando ese plazo obre en aras de la certidumbre y de la transparencia del procedimiento tanto para el deudor como para sus acreedores, esa conveniencia habrá de ser sopesada contra las posibles desventajas de ese plazo. El plazo fijado tal vez resulte insuficiente para aclarar las dificultades del caso. Ese plazo pudiera ser arbitrario si ignora los medios de que dispone el órgano encargado de supervisar el procedimiento de insolvencia o ciertas prioridades locales, y tal vez resulte difícil obligar al foro que haya de entender de la demanda a respetar el plazo fijado. Por todo ello, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible que favorezca la rapidez del proceso decisorio, marcando al respecto ciertas pautas razonables, que den margen para las limitaciones o prioridades locales del caso.

[Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Debe hacerse alguna distinción entre la demanda voluntaria y la involuntaria en lo relativo a la prontitud de su examen por parte del tribunal?]

iii) Notificación de la apertura

35. La notificación de la apertura del procedimiento de insolvencia es un trámite esencial para diversos objetivos clave del régimen de la insolvencia: la salvaguarda de la transparencia de este procedimiento y la equidad con la que se ha de obrar al informar a los acreedores de la apertura de un procedimiento voluntario por el deudor. No obstante, cabe prever supuestos excepcionales en los que, previa autorización por el tribunal, no se proceda a notificar al deudor de la apertura de un procedimiento por razón de que no sea posible hacerlo o de que esa notificación restaría eficacia a determinada demanda.

36. En el supuesto de una demanda voluntaria presentada por el deudor, los acreedores o demás personas eventualmente afectadas tendrán un interés evidente en ser notificadas de la apertura del procedimiento y en que se les dé la oportunidad de impugnar los indicios de insolvencia alegados por el deudor o su derecho a acogerse a ese procedimiento (fijándose cierto plazo para dicha impugnación a fin de no alargar indebidamente las actuaciones). Cabe preguntarse, no obstante, si se deberá notificar a los acreedores al presentarse la demanda de apertura o al declararse abierto el procedimiento. Deberá sopesarse el interés de los acreedores por enterarse de la presentación de la demanda contra la posibilidad, en determinados supuestos, de que la situación del deudor se vea indebidamente afectada por la denegación de su demanda o por la posibilidad de que algunos acreedores aprovechen la subsiguiente demora para conseguir la ejecución de algún crédito. Estos inconvenientes se evitarían disponiendo que deberá notificarse a los acreedores sólo al declararse abierto el procedimiento.

37. Ahora bien, de presentarse una demanda de los acreedores para la apertura de un procedimiento involuntario de insolvencia, deberá darse aviso inmediato al deudor de su presentación, junto con la oportunidad de ser oído y de poder impugnar los alegatos de los acreedores respecto de su insolvencia financiera (véase la sección IV.A, Derechos y obligaciones del deudor, *infra*).

38. Además de determinar el momento en que deba darse aviso, el régimen de la insolvencia deberá tal vez indicar cuál ha de ser la forma y el contenido del aviso que ha de darse, para que sea válido. Al definirse la forma del aviso deberá señalarse la persona o el órgano encargado de darlo (por ejemplo, el tribunal o el autor de la demanda) y la manera en que habrá de comunicarse el aviso. Aun cuando se pueda dar aviso directo del procedimiento a los acreedores conocidos, la dificultad de informar directamente a los acreedores desconocidos ha impulsado al legislador a exigir la inserción del aviso en alguna publicación oficial o en algún diario nacional o comercial de gran difusión (ver artículo 14 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI). En el aviso deberá darse noticia a los acreedores del momento en que deberán presentar sus créditos y del lugar para hacerlo indicándose cuáles son los acreedores que deberán hacerlo (es decir, si deberán hacerlo también los titulares de créditos garantizados -ver Créditos de los acreedores, párrs. 234 a 239 *infra*).

iv) Costas procesales

[Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Deberá abordarse en la Guía lo relativo a las costas?]

39. Cabe que tanto el deudor como sus acreedores hayan de pagar algún derecho o tasa para presentar una demanda de apertura de un procedimiento de insolvencia. El nivel de esa tasa dependerá del criterio elegido. Tal vez se imponga una tasa que ayude a sufragar las costas del procedimiento de insolvencia. Una tasa demasiado alta puede, no obstante, disuadir a las partes de recurrir al procedimiento de insolvencia, burlando así el objetivo de que la vía de acceso a este procedimiento sea a la vez sencilla, rápida y económica. Una tasa demasiado baja tal vez no baste, por el contrario, para la presentación de demandas insuficientemente motivadas, por lo que deberá arbitrarse una solución intermedia que satisfaga lo mejor posible todos estos objetivos.

2. Demanda y declaración de apertura de un procedimiento: resumen y recomendaciones

1) Las disposiciones relativas a la demanda y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

a) Facilitar el acceso, del deudor insolvente o de sus acreedores y de las autoridades competentes, al régimen de la insolvencia;

b) Abrir vías expeditivas, eficientes y económicas para la presentación y tramitación de una demanda de apertura de este procedimiento;

c) Facilitar el acceso de los interesados al procedimiento de insolvencia que mejor responda a la gravedad de las dificultades financieras del deudor;

d) Imponer salvaguardias básicas que protejan tanto al deudor como a sus acreedores de la eventualidad de un recurso indebido al régimen de la insolvencia.

2) Podrá demandar la apertura de un procedimiento de liquidación:

a) Todo deudor que demuestre que no puede o no podrá atender al pago de sus deudas a su vencimiento [o que se ha contraído deudas que excedan del valor de su patrimonio];

b) Uno o más de los acreedores cuyos créditos [hayan vencido y no hayan sido satisfechos por el deudor] [hayan vencido y su pago esté actualmente pendiente] [y si los acreedores pueden probar que el negocio es viable y la empresa podrá ser reorganizada con éxito]; o uno más de los acreedores que, sin ser titulares de créditos ya vencidos, puedan demostrar que el deudor [no está o no estará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento] [ha contraído deudas que exceden del valor de su patrimonio]];

[c) Una autoridad designada al efecto, forme o no parte de la administración pública, que actúe en función de [...]].

3) Podrá demandar la apertura de un procedimiento de reorganización:

a) Todo deudor que demuestre que no podrá pagar sus deudas a su vencimiento [o cuyas deudas excedan del valor de su patrimonio];

b) Uno o más de sus acreedores cuyos créditos [hayan vencido y no hayan sido pagados por el deudor] [sean debidos y no hayan sido pagados] [si esos acreedores consiguen demostrar que el negocio es rentable y puede ser viablemente reorganizado] o uno o más de los acreedores que, aun cuando sus créditos no hayan vencido, puedan demostrar que el deudor [no está o no estará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento [o que sus deudas exceden del valor de su patrimonio]];

[c) Una autoridad designada al efecto, sea o no de la administración pública, que actúe en función de [...]].

4) Toda demanda de apertura de un procedimiento debe ser presentada ante un tribunal judicial. Si se trata de una demanda voluntaria, la demanda deberá ser presentada respaldada por alguna prueba presuntiva de la insolvencia y funcionará como dispositivo de apertura automática del procedimiento. En el supuesto de una demanda involuntaria, el tribunal deberá pronunciarse sobre la demanda a la mayor brevedad, y no más tarde de los [...] días siguientes a la fecha de su presentación. El tribunal podrá sobreseer las actuaciones [o transformarlas] si determina que se está haciendo un empleo abusivo del procedimiento.

5) En caso de ser presentada una demanda por uno o más acreedores o por una autoridad pública con arreglo a lo previsto en los anteriores párrafos 1 y 2, se deberá dar aviso de la demanda al deudor y a los demás acreedores en el momento de su presentación. La notificación dada al deudor deberá contener: [...].[*Respecto de la notificación a los acreedores: ver 8)*].

6) En caso de presentar la demanda el deudor, se dará aviso de la apertura del procedimiento a los acreedores.

7) La notificación de la apertura de un procedimiento deberá ser dada a cada acreedor por separado, a no ser que el tribunal considere que, en las circunstancias del caso, proceda dar alguna otra forma de aviso. [Deberá darse también aviso a los acreedores que no tengan una dirección en el territorio del Estado. No será preciso el envío de una carta o comisión rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.] *[Nota destinada al Grupo de Trabajo: ¿convendría reproducir aquí lo dispuesto en la Ley Modelo?]*].

8) El aviso dado a los acreedores deberá:

a) Señalar el plazo indicado para presentar algún crédito, así como el lugar donde deba presentarse;

b) Señalar si los acreedores con créditos garantizados deberán presentar dichos créditos, según estén o no plenamente cubiertos por el valor de su o sus garantías;

c) Contener toda otra información que sea obligatoria en la notificación que ha de darse a los acreedores con arreglo [*al derecho interno del Estado y a todo mandamiento dictado al respecto por el tribunal*].

III. Consecuencias de la apertura de un procedimiento de insolvencia

A. La masa de la insolvencia

1. Observaciones generales

40. Un rasgo básico del procedimiento de insolvencia es la necesidad de descubrir, reunir, conservar y eventualmente disponer de los bienes pertenecientes al deudor. Muchos regímenes de la insolvencia someten a la masa de la insolvencia a un régimen especial. En la presente Guía se utilizará el término “patrimonio” o “masa (patrimonial)” en su sentido funcional como referido a los bienes del deudor que quedan sometidos al control del representante de la insolvencia y sujetos a lo que se decida en el procedimiento de insolvencia. Cabe señalar ciertas diferencias importantes en la noción de masa o patrimonio insolvente en diversos ordenamientos. En algunos países, el régimen de la insolvencia dispone que la titularidad de los bienes pasará a un administrador o síndico designado por el tribunal. En otros países, el deudor conserva la titularidad de sus bienes, pero verá cercenadas sus facultades para administrar y disponer de dichos bienes (por ejemplo, todo acto de disposición, incluida la creación de una garantía real, podrá estar supeditada al consentimiento del representante de la insolvencia).

41. Cualquiera que sea la tradición jurídica del país, el régimen de la insolvencia prescribirá claramente cuáles son los bienes que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia (quedando así englobados en la denominada, a menudo, “masa de la insolvencia”) y en qué medida esos bienes se verán afectados por ese procedimiento, ya que esa determinación influirá sobre el alcance y el curso de las actuaciones y, particularmente si se trata de una reorganización, influirá de modo notable en las probabilidades de éxito del procedimiento. La claridad de esta determinación de los bienes obrará en aras de la transparencia del procedimiento y será fuente de certidumbre para los acreedores y el deudor.

a) Bienes que deberán ser incorporados a la masa

42. Cabe prever que la masa estará formada por los bienes del deudor en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia y por los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia o por el deudor con posterioridad a esa fecha, ya sea en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos (véase la sección III.D, Acciones de nulidad) o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor.

43. Cabe asimismo prever que la masa incluya todos los bienes sobre los que el deudor tenga un derecho, obren o no en su poder en el momento de la apertura, quedando incluidos todos sus bienes ya sea corporales o inmateriales. Los bienes corporales del deudor deberán ser fáciles de encontrar en sus estados financieros y en sus libros de contabilidad, tales como dinero en efectivo, equipo, existencias, obras en curso de realización, cuentas bancarias, cuentas por cobrar y bienes raíces. Los bienes inmateriales tal vez sean diversamente definidos en cada Estado, según el derecho aplicable, pero consistirán normalmente de bienes de propiedad intelectual, derechos contractuales, títulos bursátiles y títulos financieros, así como

[...] [en la medida en que sean objeto de un derecho del deudor]. Tratándose de personas físicas, su patrimonio puede incluir también derechos sucesorios y otros bienes sobre los que el deudor posea algún título al abrirse el procedimiento o todo derecho del deudor que nazca durante el procedimiento.

44. Cuestiones a resolver:

[*A/CN.9/504, párr. 46: [...] Se sugirió además que se habrían de abordar ciertos contratos especiales, como la cesión para fines de garantía, la constitución de sociedades fiduciarias y otros actos de disposición fiduciaria de bienes y las mercancías o géneros consignados.*]

b) Bienes que podrán quedar fuera de la masa

i) Cuando el deudor insolvente sea una persona física

45. Tratándose de personas físicas, se podrán excluir de la masa ciertos bienes correspondientes a ingresos reportados por la prestación de servicios personales con posterioridad a la demanda de apertura, los bienes que el deudor necesite para ganar su sustento y los bienes que sean de uso personal o enseres del hogar. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna exclusión respecto de los bienes de una persona física, esa exclusión deberá ser claramente definida, limitándose su alcance a los bienes estrictamente necesarios para preservar ciertos derechos personales del deudor y permitirle el ejercicio de su actividad profesional o productiva.

ii) Bienes gravados

46. En el régimen interno de la insolvencia se siguen diversos criterios para regular los bienes que han sido gravados o constituidos en garantía. Muchos regímenes disponen que esos bienes forman parte de la masa de la insolvencia, por lo que la apertura del procedimiento los afectará de algún modo. Algunos regímenes limitan el ejercicio de los derechos de garantía real constituidos en favor de los acreedores o de algún tercero (imponiendo tal vez una paralización o algún otro efecto previsto a raíz de la apertura), mientras que otros regímenes disponen que la insolvencia no afectará a los derechos de garantía, por lo que los acreedores podrán ejecutar sus derechos contractuales y legales (ver la sección III.B, Protección de la masa de la insolvencia, *infra*). Algunos regímenes de la insolvencia, que prescriben que todos los bienes del deudor quedarán en principio sujetos al procedimiento, permiten su ulterior separación de la masa cuando se presente prueba de algún daño o perjuicio eventual. Cuando se haya previsto que los bienes constituidos en garantía formen parte de la masa, el régimen de la insolvencia deberá disponer claramente que la inclusión de un bien gravado en la masa de la insolvencia no privará al acreedor de su derecho de garantía constituido sobre dicho bien.

47. Excluir de la masa a los bienes gravados puede tener la ventaja de que ello favorecerá la disponibilidad de crédito, ya que los acreedores se sentirán amparados por la seguridad de que la garantía de su crédito no se verá afectada por la apertura de un procedimiento de insolvencia. Deberá, no obstante sopesarse esta ventaja frente a las ventajas de colocar todos los bienes del deudor a disposición del procedimiento de insolvencia en el momento de su apertura, particularmente si el procedimiento va a ser de reorganización o si se desea vender la empresa, en un procedimiento de liquidación, como negocio en marcha. Con esta política se estaría

obrando no sólo en aras de asegurar un trato equitativo a todos los acreedores sino de salvaguardar también un interés esencial del procedimiento en el supuesto de que el bien gravado sea indispensable para una reorganización funcional del negocio, por ejemplo, por ser esencial al buen funcionamiento del mismo. Cuando se haya de determinar cuáles de los bienes son esenciales para la buena marcha del negocio, se deberá encomendar esa determinación al representante de la insolvencia o tal vez a la junta de acreedores.

iii) Bienes que sean propiedad de terceros

48. La determinación de si algún bien pertenece al deudor o a algún tercero puede resultar difícil, así como la determinación de si los bienes de un tercero que, al producirse la apertura del procedimiento, obran en poder del deudor en virtud de algún arreglo de arriendo, utilización o licencia de los mismos, deben o no formar parte de la masa de la insolvencia. En algunos supuestos de insolvencia estos bienes pueden ser indispensables para la explotación ininterrumpida del negocio, particularmente en un supuesto de reorganización, pero también en algunos supuestos de liquidación, y sería ventajoso que el régimen de la insolvencia prevea algún mecanismo para retener estos bienes al servicio de la masa de la insolvencia. En algunos regímenes, si la posesión por el deudor de un bien depende de alguna regla contractual, el destino de ese bien dependerá del régimen contractual aplicable. Tal vez se haya previsto, por ejemplo, la imposición de ciertas restricciones a la rescisión del contrato por cuya virtud dichos bienes obren en poder del deudor, impidiendo que el propietario reclame sus bienes en el curso del procedimiento de insolvencia (ver la sección III.C, Régimen de los contratos, *infra*).

49. Tal vez convenga prestar particular atención al problema de los bienes que estén siendo utilizados por el deudor, con arreglo a un acuerdo de arriendo por el que su propietario retiene la titularidad de los bienes. En países donde se recurra a técnicas financieras por las que el propietario retiene la titularidad de los bienes financiados (es decir, la propiedad y no meramente una hipoteca o derecho de garantía real), tal vez sea necesario respetar la propiedad del acreedor sobre dichos bienes, permitiéndole que los separe de la masa (ahora bien, en el marco del derecho contractual cabrá limitar ese derecho de la separación, si el representante de la insolvencia ratifica el contrato de arriendo o alquiler). A título comparativo cabe citar la posibilidad de estatuir una moratoria judicial que imponga cierto plazo, tras la apertura del procedimiento, para la reclamación de sus bienes por terceros. Tal vez sea aconsejable buscar un punto de equilibrio entre ambos criterios con miras a optimizar el valor del negocio evitando que su venta como negocio en marcha o su reorganización se vean impedidas por la separación eventual de algún bien esencial. Pueden darse también circunstancias donde proceda examinar a fondo los arreglos de financiación para determinar si cierto arriendo constituye, de hecho, un acuerdo de préstamo garantizado. En ese caso, el prestamista deberá estar sujeto a toda restricción que sea aplicable a un prestamista garantizado.

c) Recuperación de los bienes

50. La determinación de los bienes que quedarán sujetos al procedimiento puede a veces requerir que el representante de la insolvencia entable una acción judicial para recuperar bienes indebidamente sustraídos a la masa o que fueron transferidos

estando ya el deudor en situación de insolvencia, lo que constituye una violación del principio pari passu (según el cual los acreedores de una misma categoría recibirán igualdad de trato y serán pagados con cargo a la masa en proporción al valor de su crédito). En la mayoría de los ordenamientos se ha previsto alguna vía para anular toda operación anterior, recuperando su valor, que haya resultado en la concesión de un trato preferente a algunos de los acreedores, que sea por su propia índole fraudulenta o que sea deducible de su fecha que la operación se ha realizado en fraude de acreedores (véase la sección III.D, Acciones de nulidad, *infra*). El poder de recuperar estos bienes o su valor puede que también se extienda a las transferencias efectuadas por el deudor tras la apertura del procedimiento si la transferencia impugnada no estaba autorizada por el representante de la insolvencia.

d) Disposición de ciertos bienes

51. Tratándose de bienes cuyo valor sea insignificante o nulo para la masa, o que no sean esenciales para su reorganización, tal vez proceda, con miras a maximizar el valor de la masa, que se le faculte al representante de la insolvencia para abandonarlos, con tal de que dicho abandono no se haga en violación de algún interés público apremiante. El abandono de bienes de esta índole puede reportar alguna aminoración de los gastos del procedimiento para la masa insolvente.

52. Cuestiones que se habrán de resolver:

[*Métodos parta la venta de bienes y poder para vender bienes liberados de toda garantía real o de otras cargas y gravámenes.*]

2. Masa de la insolvencia: resumen y recomendaciones

1) La finalidad de las disposiciones relativas a la masa de la insolvencia será la de determinar cuáles son los bienes que han de ser puestos bajo el control del representante de la insolvencia y que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia.

2) A la apertura de un procedimiento de insolvencia, la masa de la insolvencia estará formada por:

a) Los bienes sobre los que el deudor posea un derecho real en la fecha de apertura del procedimiento. Constará, por ello, de los bienes tanto corporales como inmateriales del deudor, ya sea que estén en su posesión o que sean objeto de un derecho de garantía real constituido a favor de un acreedor;

b) Los bienes que se adquieran tras la apertura del procedimiento de insolvencia, ya sea en el ejercicio de poderes de anulación de ciertos actos o en el curso normal del negocio del deudor.

3) Cuando el deudor sea una persona física, el régimen de la insolvencia podrá excluir explícitamente de la masa de la insolvencia aquellos bienes que sean requeridos para preservar ciertos derechos personales del deudor.

4) El régimen de la insolvencia debe prever algún mecanismo para retener en la masa de la insolvencia ciertos bienes que sean propiedad de terceros pero

que obren en posesión del deudor en la fecha de apertura del procedimiento y ciertos bienes constituidos por el deudor en garantía cuando esos bienes sean esenciales para la buena marcha del procedimiento de insolvencia. El régimen de la insolvencia deberá prever medidas de salvaguarda de los intereses del propietario en situaciones en las que existan indicios de que pudieran sufrir daños o perjuicios. [Los bienes que sean propiedad de un tercero y estén en poder del deudor en virtud de algún contrato podrán ser incorporados a la masa con arreglo a lo que disponga el régimen de la insolvencia en lo relativo a la continuación o rescisión de los contratos o a la aplicación de medidas de paralización.]

B. Protección de la masa de la insolvencia

1. Observaciones generales

53. Un objetivo esencial de un régimen eficaz de la insolvencia es el establecimiento de un mecanismo protector que ampare el valor de los bienes de la masa frente a todo acto o actuación judicial de las diversas partes interesadas. Las partes frente a las que deberá ampararse la masa son básicamente el deudor y sus acreedores. El amparo de la masa de la insolvencia frente a los actos del deudor será examinado en la sección IV.A, Derechos y obligaciones del deudor, *infra*.

a) Protección de la masa frente a los acreedores y frente a terceros

54. Frente a los acreedores, uno de los principios fundamentales que se ha de observar en el régimen de la insolvencia es la índole colectiva de este procedimiento que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos. Muchos regímenes internos de la insolvencia han previsto un mecanismo para impedir que los acreedores puedan obtener la ejecución de sus derechos a través de alguna acción judicial entablada durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de reorganización o de liquidación, imponiéndose así el respecto de la índole colectiva del procedimiento que está al servicio del interés colectivo de los acreedores. Este mecanismo suele ser designado por términos como el de moratoria, suspensión o paralización, según cuál sea su alcance. Para los fines de la presente Guía, se utilizará el término “paralización” en sentido lato como referido tanto a la paralización de una acción como a la moratoria impuesta a la apertura de otras actuaciones.

55. Por regla general, la paralización de toda actuación judicial individual en el curso de la liquidación puede garantizar una administración ordenada y equitativa del procedimiento de insolvencia, dándole al representante de la insolvencia tiempo suficiente para eludir una venta forzosa que reste valor a los bienes de la masa que vayan a ser liquidados y dándole asimismo margen para ver si cabe vender el negocio como empresa aún en funcionamiento. En el curso de un procedimiento de reorganización, la paralización de las actuaciones dará al deudor margen para organizar sus negocios y preparar un plan de reorganización, así como para adoptar otras medidas necesarias para el éxito de la reorganización, tales como el abandono de actividades no provechosas y de contratos onerosos. Por ello, la paralización puede ser aún más importante si la meta del procedimiento es la reorganización de la empresa y no su liquidación, y puede constituir un incentivo importante para

alentar a los deudores a optar por un procedimiento de reorganización. Al mismo tiempo, la apertura de un procedimiento y el mandato de paralización alertarán a toda persona que tenga tratos con el deudor de que el futuro de la empresa ha pasado a ser incierto. Ello puede desencadenar una crisis de confianza e incertidumbre, entre los proveedores, los clientes y los empleados de la empresa insolvente, acerca del efecto eventual de la insolvencia sobre sus intereses.

56. Una cuestión clave para el diseño de un régimen eficaz de la insolvencia será la de saber equilibrar la ventaja inmediata reportada a la empresa deudora por la rápida imposición de una paralización amplia de toda actuación de los acreedores y las ventajas a más largo plazo que reportaría a la empresa limitar los efectos de la paralización sobre las relaciones contractuales del deudor con los acreedores.

57. Los derechos afectados por la paralización varían notablemente de un país a otro. Apenas se disputa la necesidad de suspender las acciones entabladas frente al deudor o sus bienes por acreedores cuyo crédito no esté garantizado. El extender la paralización a los acreedores con créditos garantizados será, en cambio, más problemático al haberse de tener en cuenta intereses contrapuestos. Cabe citar, por ejemplo, la necesidad de: mantener ciertos contratos y negocios particularmente rentables; respetar la prelación del titular de un crédito garantizado sobre el bien constituido en garantía; salvaguardar el valor de las garantías reales; procurar que los acreedores sean pagados con cargo a la masa de la insolvencia en función del valor de su crédito; maximizar el valor de los bienes en provecho de todos los acreedores; y, en supuestos de reorganización mantener abierta la posibilidad de que la empresa reorganizada resulte viable.

b) Medidas cautelares

58. Entre la presentación de una demanda de apertura de un procedimiento de insolvencia por el deudor o un acreedor y la apertura efectiva del procedimiento puede transcurrir cierto tiempo en el que cabría dispersar la totalidad o parte del patrimonio del deudor. Cabe que el deudor se sienta tentado, a raíz de la demanda, a transferir ciertos bienes del negocio y puede que los acreedores presenten alguna demanda judicial para adelantarse a toda paralización impuesta tras la apertura del procedimiento.

59. Algunos regímenes de la insolvencia han previsto que el tribunal pueda ordenar ciertas medidas cautelares para proteger la masa de la insolvencia durante el período que haya de transcurrir entre la presentación de la demanda y la apertura de un procedimiento, ya sea a instancia de los acreedores o del propio tribunal. Cabe citar como posibles medidas: el nombramiento de un representante preliminar de la insolvencia; la interdicción impuesta al deudor de enajenar sus bienes; el embargo de la totalidad o parte del patrimonio del deudor; la paralización de toda medida ejecutoria de garantías reales contra bienes del deudor; la paralización de toda acción entablada para separar de su patrimonio ciertos bienes del deudor, ya sea por estar constituidos en garantía de un crédito o por haberse retenido su titularidad, al ser reclamados respectivamente por el acreedor garantizado o por su propietario; o evitar la presentación de demandas individuales por los acreedores para la ejecución de sus créditos. Puesto que estas medidas son de índole provisional y serán otorgadas antes de que el tribunal se pronuncie sobre si se cumplen las condiciones requeridas para la apertura del procedimiento, todo acreedor que demande estas

medidas deberá presentar al tribunal pruebas de que la medida demandada es necesaria y deberá constituir, en algunos casos, alguna fianza que cubra las costas o los daños eventualmente causados.

c) Paralización de las actuaciones: cuestiones de índole procesal

i) Alcance de la paralización

60. Algunos países siguen el criterio de que para que la paralización sea eficaz ha de ser amplia y, por ello, aplicable a toda acción presentada o procedimiento que se esté siguiendo contra el deudor y sus bienes, ya sean de índole administrativa, judicial o extrajudicial, así como a toda medida ejecutoria de un crédito garantizado o no garantizado, y de los créditos privilegiados de ciertas entidades públicas [*Deberá indicarse en qué medida las entidades públicas estarán exentas de ciertas medidas judiciales o hacerse una distinción entre la actuación del Estado en el ejercicio de sus poderes reglamentarios o de policía o al servicio de sus propios intereses pecuniarios*.] Cabe citar como ejemplos de medidas que normalmente serán paralizables las siguientes: la apertura o el seguimiento de actuaciones o procedimientos abiertos contra el deudor o relativos a sus bienes; la apertura o el seguimiento de algún procedimiento de ejecución relativo a los bienes del deudor, incluida la ejecución de una sentencia o el mandato ejecutorio de alguna garantía; la recuperación por su propietario de bienes que estén siendo utilizados u ocupados por el deudor o que estén en su posesión o le hayan sido arrendados; el pago de alguna deuda contraída por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura o la creación de alguna garantía real en respaldo de dicha deuda; la cesión, la constitución de gravámenes o todo otro acto de disposición de bienes del deudor; y la suspensión, interrupción o corte de algún servicio o suministro esencial para el deudor (por ejemplo, agua, gas, electricidad y teléfono). El artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por ejemplo, que se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, así como toda medida de ejecución contra los bienes del deudor.

61. En supuestos de liquidación, en los que es frecuente que la paralización sea aplicable a todo procedimiento judicial que se esté siguiendo contra el deudor, algunos regímenes de la insolvencia prevén que algunas de esas actuaciones prosigan si se estima que son necesarias. El párrafo 3 del artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por ejemplo, que la paralización de la apertura o continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten contra el deudor no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor. En cambio, algunos regímenes de la insolvencia excluyen a los procedimientos judiciales del ámbito de la paralización decretada en un procedimiento de reorganización. En algunos países, las acciones presentadas por sus empleados contra el deudor no serán objeto de la paralización, pero sí lo será toda medida ejecutoria otorgada a raíz de esas actuaciones.

62. El régimen de la insolvencia deberá indicar claramente cuáles son las acciones que serán objeto o que quedarán excluidas de la paralización, tanto si esas acciones son presentadas por los acreedores (incluidos los acreedores privilegiados, los

empleados de la empresa, los beneficiarios de algún gravamen legal o las autoridades públicas) como si son presentadas por terceros (como pudiera ser el propietario de algún bien que obre en poder del deudor, o que esté siendo utilizado u ocupado por el deudor, o que le haya sido arrendado).

63. Tal vez, convenga establecer algunas otras excepciones, como, por ejemplo, para los derechos de compensación o para los arreglos de compensación global (*netting*) de contratos financieros (ver la sección III.C, Régimen aplicable a los contratos, *infra*), o para proteger intereses públicos o prevenir abusos, como pudiera ser la utilización de un procedimiento de insolvencia para encubrir alguna actividad ilícita.

ii) Aplicación discrecional o automática de la paralización

64. Cabe preguntarse si la paralización ha de ser automática o debe quedar al arbitrio del tribunal. La conveniencia de que la paralización sea automática, o sea una medida discrecional que el tribunal otorgue si lo estima oportuno, dependerá de consideraciones de política judicial interna del país, de la fiabilidad de la información financiera disponible y de la facilidad de acceso del deudor y los acreedores a una judicatura independiente y con experiencia en asuntos de insolvencia. Darle carácter discrecional permitiría adaptarla a las circunstancias del caso (del deudor y sus bienes o de sus acreedores), evitando su imposición cuando no proceda, así como toda interferencia innecesaria con los derechos de garantía real de que dispongan algunos acreedores. Ahora bien, si se desea evitar demoras y la necesidad de tener que presentar una demanda ante los tribunales, al tiempo que se vela por maximizar el valor de los bienes y la índole ordenada y equitativa del procedimiento, así como en aras de una mayor transparencia y predecibilidad de las actuaciones, cabe argüir que la paralización debe ser automática; su imposición automática constituye un rasgo común de muchos regímenes modernos de la insolvencia.

iii) Plazo de la paralización

65. Una inquietud relativa a las modalidades de la paralización es la de determinar el plazo de su aplicación tanto en un procedimiento de liquidación como en un procedimiento de reorganización, y si se debe hacer alguna distinción al respecto en función de que la demanda de apertura haya sido presentada por el deudor o por un acreedor.

66. Cabe seguir diversos criterios para resolver estas cuestiones. Uno de ellos sería que la paralización surta efecto a raíz de la presentación de toda demanda de un procedimiento de liquidación o de reorganización, con independencia de si la demanda ha sido presentada por el deudor o el acreedor, haciendo así innecesario la demanda de medidas cautelares para cubrir el período entre la demanda y la apertura del procedimiento. Una vez iniciado el procedimiento, la paralización seguiría siendo aplicable en todo supuesto de reorganización de la empresa. En un supuesto de liquidación, tal vez no haga falta mantener la paralización si se ha previsto una venta fragmentaria o por partes de los bienes. Ahora bien, si ha previsto vender el negocio en marcha, sería ventajoso para la administración del procedimiento que la paralización se mantenga más allá de la apertura del procedimiento.

67. Otro criterio sería el de distinguir entre la demanda presentada por el deudor y la presentada por un acreedor. Con arreglo a este criterio se mantendría la paralización para las demandas presentadas por un acreedor, tanto si se trata de una liquidación como de una reorganización, tras la apertura del procedimiento, previéndose la imposición de medidas cautelares por el tribunal para cubrir el período que transcurra entre la presentación de demanda y la apertura del procedimiento. Si es el deudor el que demanda la apertura del procedimiento (ya sea de liquidación o de reorganización), la paralización deberá surtir efecto automático a raíz de la presentación de la demanda para evitar que algún acreedor entable una acción, particularmente de índole ejecutoria, contra el deudor en el período previo a la apertura.

d) Paralización aplicable a los titulares de créditos no garantizados

68. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que la paralización será aplicable, durante todo el curso del procedimiento, a los titulares de créditos no garantizados con independencia de que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización.

e) Paralización aplicable a los titulares de créditos garantizados

69. Los acreedores suelen pedir garantías para amparar sus derechos contra el eventual impago del deudor. Cabe argüir que, si la garantía otorgada ha de lograr su objetivo, no se debe impedir que, a la apertura de un procedimiento de insolvencia, el titular de un crédito garantizado haga valer sin demora su garantía. Por ello, la introducción de cualquier medida que reste certidumbre a su cobro o merme la seguridad de las garantías, como sería la de paralizar toda acción judicial de los acreedores garantizados, deberá ser cuidadosamente sopesada. Esa medida pudiera socavar no sólo la autonomía contractual de los comerciantes y el respeto de los compromisos contractuales, sino también la disponibilidad de créditos financieros a un costo razonable. A medida que disminuya el amparo buscado en la garantía, se elevará el precio del crédito otorgado para contrarrestar el mayor riesgo financiero de la operación.

70. No obstante, algunos regímenes de la insolvencia reconocen que en algunos casos permitir que los titulares de créditos garantizados separen los bienes constituidos en garantía del resto de la masa objeto del procedimiento puede frustrar algún objetivo básico de ese procedimiento. En un procedimiento de reorganización, en el que ciertos bienes esenciales para el funcionamiento del negocio hayan sido constituidos en garantía, la ejecución de su garantía por los beneficiarios de la misma al comienzo del procedimiento pudiera imposibilitar el funcionamiento del negocio mientras que se formula el plan de reorganización. Lo mismo cabe decir, aun cuando en menor medida, si se trata de un procedimiento de liquidación. Por regla general, cuando el cometido del representante de la insolvencia sea reunir y liquidar los bienes de la masa, y distribuir su producto entre los acreedores en forma de dividendos, cabrá autorizar al acreedor garantizado a ejecutar su garantía, pese a la liquidación. Ahora bien, se darán casos en los que el representante de la insolvencia podrá maximizar más fácilmente el valor de los bienes al servicio del provecho colectivo de todos los acreedores si se impone una paralización que

obstaculice la separación del bien dado en garantía. Ese suele ser el caso cuando existe la posibilidad de que la empresa pueda ser vendida como negocio en marcha. Puede que también sea cierto en supuestos en los que aun cuando los bienes vayan a ser vendidos por lotes o fragmentariamente, se necesita algo de tiempo para organizar una venta que reporte el mayor beneficio posible a todos los acreedores cuyo crédito no esté garantizado.

71. Si la paralización es aplicable a las garantías reales, cabe que el régimen de la insolvencia prevea la adopción de medidas que impidan que la paralización prive de eficacia la garantía. Cabe citar al respecto la posibilidad de límites temporales de la paralización, así como salvaguardas del valor de la garantía, el pago de intereses y la posibilidad de que se levante la paralización si el valor de la garantía no ha sido debidamente amparado o si el bien constituido en garantía no es necesario para la venta del negocio en su totalidad o de alguna unidad productiva del mismo.

i) Liquidación

72. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios en la determinación de si la paralización será aplicable a las garantías de los créditos en un procedimiento de liquidación. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen a los titulares de créditos garantizados del ámbito de aplicación de esta medida basándose en que si los bienes van a ser liquidados todo aboga en favor de que se respete el derecho de los acreedores a ejecutar sus derechos de garantía real. De seguirse este criterio, será preciso, no obstante, aplicarlo con cierta flexibilidad siempre que subsista la posibilidad de vender la empresa como negocio en marcha. Algunos regímenes de la insolvencia que excluyen las garantías reales de los acreedores del ámbito de la paralización insisten en la apertura de negociaciones previas entre el deudor y sus acreedores para ponerse de acuerdo sobre cómo se ha de proceder. Si esa negociación previa da resultados, tal vez no sea necesario que la paralización sea aplicable a las garantías de los acreedores. Conforme a otros regímenes, la paralización será automáticamente aplicable a los titulares de créditos garantizados a la apertura de todo procedimiento de liquidación, pero sólo por un breve plazo, de 30 a 60 días, salvo en supuestos en los que el bien constituido en garantía sea esencial para la venta de la empresa como negocio en marcha (en cuyo caso podrá prorrogarse la paralización). El plazo inicial bastaría para que en todo caso el representante de la insolvencia pueda entrar en funciones y hacerse cargo de los bienes y de las responsabilidades de la masa de la insolvencia. Conforme a otro criterio, la paralización será aplicable a los titulares de créditos garantizados durante todo el procedimiento, salvo que el tribunal ordene que sea levantada si se le presenta alguna prueba de que el valor del bien constituido en garantía se está deteriorando.

73. Cuando se haya impuesto un plazo a la paralización, cabe que la ley prevea su prórroga. Dicha prórroga deberá ser demandada por el representante de la insolvencia cuando pueda demostrar que es necesaria para maximizar el valor de la masa (por haber alguna posibilidad de que la empresa o ciertas unidades funcionales de la misma, pueden ser vendidas como negocio en marcha) con tal de que se ampare a los acreedores garantizados contra todo riesgo no justificable de daño eventual. A fin de amparar mejor a estos acreedores y de evitar que la paralización sea prorrogada por tiempo indefinido o períodos excesivamente largos, cabe que el régimen de la insolvencia limite la duración de esas prórrogas.

ii) Reorganización

74. En procedimientos en los que exista una posibilidad real de llevar a cabo con éxito la reorganización, sería conveniente imponer una paralización lo más extensa y eficaz posible. En algunos supuestos tal vez sea aconsejable que la paralización sea aplicable a los acreedores con créditos garantizados a lo largo de todo el procedimiento a fin de que la reorganización se lleve a cabo con el debido orden y sin riesgo de que ciertos bienes sean separados antes de que la reorganización pueda ser ultimada. Ahora bien, a fin de evitar demoras y de alentar una resolución rápida del procedimiento, sería tal vez ventajoso limitar esa duración al tiempo que se juzgue necesario para que el plan de reorganización sea aprobado; no es aconsejable que la paralización sea aplicable por períodos inciertos o innecesariamente largos. Esa limitación daría además a los titulares de créditos garantizados cierta previsibilidad y certidumbre en cuanto a la duración de la moratoria impuesta sobre el ejercicio de sus derechos. Cabe que el régimen de la insolvencia prevea el levantamiento de la paralización respecto de bienes que no sean esenciales para la reorganización o si el acreedor puede demostrar alguna otra razón válida que lo justifique (ver el párrafo 81 *infra*).

f) Protección de los acreedores amparados por una garantía

i) Salvaguarda del valor económico de los créditos garantizados

75. Si bien cabe prever una cierta erosión de la seguridad económica de los acreedores amparados por una garantía durante el curso del procedimiento de reorganización, no es deseable que ese riesgo recaiga única o primordialmente sobre un acreedor o grupo de acreedores que gocen del respaldo de una garantía real.

76. Una de las formas previstas para contrarrestar el impacto negativo que la paralización pudiera tener sobre el valor de las garantías en un procedimiento de liquidación consiste en salvaguardar su valor económico durante el período de la paralización (hablándose a veces de su “protección adecuada”). Una solución sería la de proteger el valor del propio bien constituido en garantía en el entendimiento de que, a su liquidación, el producto de la venta de ese bien será directamente entregado al acreedor, aun cuando sólo por el importe exacto de la fracción garantizada de su crédito. Esta solución puede requerir la adopción de algunas medidas.

77. Es posible que el bien constituido en garantía pierda valor durante la paralización, lo que pudiera afectar a la prioridad que se debe dar al acreedor garantizado, al procederse a la distribución, ya que esa prioridad se verá limitada por la merma de valor del bien dado en garantía. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el representante de la insolvencia deberá compensar a los acreedores, amparados por una garantía, por la cuantía de esa depreciación ofreciéndoles algún otro bien en garantía o abonando periódicamente en metálico la suma que corresponda a esa depreciación. Algunos países que salvaguardan el valor de la garantía, por el método indicado, autorizan además el pago de intereses durante el período de la paralización, pero únicamente en la medida en que el valor del bien constituido en garantía supere el importe de la garantía. Este criterio puede ayudar a los prestamistas a tratar de obtener garantías constituidas sobre bienes cuyo valor exceda del de sus créditos. En algunos casos el representante de la insolvencia

juzgará necesario vender o gravar ciertos bienes con anterioridad a la liquidación de la masa a fin de maximizar su valor. Por ejemplo, si el representante de la insolvencia estima que el valor de la masa de la insolvencia se elevará si el negocio prosigue durante cierto período de tiempo, puede que le sea necesario proceder a la venta de existencias que estén parcialmente gravadas. Será por ello conveniente que el régimen de la insolvencia permita, en supuestos en los que se ha previsto amparar a los acreedores salvaguardando el valor de los bienes constituidos en garantía, que el representante de la insolvencia pueda optar por ofrecer en su lugar al acreedor una garantía equivalente o abonarle el importe total de su crédito garantizado.

78. Otra forma de proteger la garantía de un crédito que esté garantizado consiste en proteger el valor de la fracción garantizada de ese crédito. Nada más declararse la apertura, se valorará el bien gravado y, en función de esa valoración, se determinará el valor de la fracción garantizada del crédito. Este valor se mantendrá fijo durante todo el procedimiento y, al procederse a la liquidación y subsiguiente distribución del producto de la misma, el acreedor que sea beneficiario de la garantía gozará de prioridad por el importe de dicho valor. Durante el procedimiento, el acreedor amparado por una garantía podrá percibir además la tasa de interés contractual prevista por la fracción garantizada de su crédito, a fin de compensarle de la demora impuesta por el procedimiento. Algunos regímenes de la insolvencia limitan ese pago de intereses a supuestos en los que el valor del bien constituido en garantía supere el importe de la garantía. De lo contrario, la indemnización de esa demora pudiera mermar el valor de los bienes disponibles para el pago de los acreedores sin garantía.

79. La conveniencia de una u otra forma de protección del valor de la garantía deberá ser sopesada a la luz de la complejidad y del costo eventual de esas medidas, así como de la carga impuesta al tribunal que haya de valorar cuestiones comerciales difíciles para determinar cuál es la protección adecuada. De adoptarse este enfoque, sería deseable que el régimen de la insolvencia enuncie ciertas directrices sobre cómo se habrá de determinar el momento en el que los acreedores amparados por una garantía constituida sobre los bienes del deudor tendrán derecho a alguna de las medidas de protección descritas, así como el alcance o las modalidades de esa protección.

ii) Entrega del bien constituido en garantía

80. En un supuesto de liquidación [o de reorganización], tal vez deba preverse la entrega de los bienes constituidos en garantía de un crédito al titular de ese crédito cuando esa garantía sea válida y los bienes constituidos en garantía carezcan de valor para el patrimonio insolvente, o no puedan ser vendidos en un plazo razonable por el representante de la insolvencia.

iii) Levantamiento de la paralización

81. En procedimientos de liquidación y de reorganización pueden darse supuestos en los que sea conveniente remediar ciertos efectos de la paralización permitiendo que ésta sea levantada o deje de ser aplicable. Cabe citar al respecto situaciones en las que no se esté amparando el valor de la garantía o en las que ese amparo no sea posible o resulte excesivamente oneroso para la masa de la insolvencia, así como supuestos en los que el bien constituido en garantía no sea necesario para la reorganización. El régimen de la insolvencia pudiera prever para dichos supuestos

que el acreedor amparado por la garantía pueda solicitar que sea levantada la paralización o facultar al representante de la insolvencia para hacer entrega del bien constituido en garantía sin necesidad de recabar la autorización del tribunal.

82. Aun cuando el levantamiento de la paralización se haga principalmente al servicio de los intereses de los acreedores amparados por una garantía, algunos regímenes de la insolvencia prevén que la paralización pueda ser levantada en provecho de un acreedor sin garantía alguna con miras, por ejemplo, a que se pueda dictaminar sobre un crédito presentado en algún otro foro ante el que se haya seguido un procedimiento más avanzado que convenga ultimar, o para reclamar algún cobro debido por alguna compañía aseguradora del deudor.

g) Restricciones de la libertad de disposición de sus bienes por el deudor

83. Además de las medidas destinadas a proteger la masa de la insolvencia frente a las acciones presentadas por los acreedores o por terceros, el régimen de la insolvencia suele prever medidas para limitar el alcance de los actos de disposición del deudor, o del representante de la insolvencia, respecto de los bienes incluidos en esa masa. Estas cuestiones serán abordadas en secciones subsiguientes sobre el régimen aplicable a los contratos, a los derechos y obligaciones del deudor, y a los derechos y obligaciones del representante.

2. Protección de la masa de la insolvencia: resumen y recomendaciones

1) Las disposiciones relativas a la masa de la insolvencia tienen por objeto:

a) Proporcionar un dispositivo, como pudiera ser una medida de paralización, que salvaguarde el valor de la masa frente a las acciones entabladas por las diversas partes interesadas;

b) Determinar la gama de actuaciones que se verán afectadas por esa paralización;

c) Identificar las partes que quedarán sujetas a la paralización y definir las condiciones de su aplicación, particularmente su alcance, el momento en que surtirá efecto y la duración de la misma;

d) [...].

Variante 1: Paralización discrecional

2) Tanto si el procedimiento es de liquidación como si es de reorganización, el tribunal podrá, a instancia de la parte interesada, salvaguardar los derechos de los acreedores o de otras personas interesadas emitiendo un mandato expreso por el que se paralice una u otra acción entablada contra el deudor. Esa paralización podría ser discrecionalmente impuesta por el tribunal a respecto de toda acción entablada por los acreedores, gocen éstos o no del respaldo de una garantía, o ser automática para los acreedores sin el respaldo de una garantía, pero dejándose al arbitrio del tribunal su imposición eventual a todo acreedor que goce de ese respaldo.

3) Si la paralización se deja a la discreción del tribunal, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia prevea medidas que alienten a entablar

negociaciones, previas a la apertura del procedimiento, en aras del interés colectivo de los acreedores.

Variante 2: Paralización automática

Liquidación

2) La paralización surtirá [automáticamente] efecto frente a todo acreedor, goce o no del respaldo de una garantía:

a) Si la demanda ha sido presentada por el deudor, [al presentarse la demanda de apertura] [al inicio] del procedimiento;

b) Si la demanda ha sido presentada por uno o más de los acreedores, [al presentarse la demanda de apertura] [al inicio] del procedimiento.

3) Si la paralización surte efecto al inicio del procedimiento, el tribunal podrá, a instancia de una parte interesada, salvaguardar ciertos derechos de los acreedores y de otras personas imponiendo toda medida cautelar que sea del caso. Se podrán imponer las siguiente medidas cautelares: [...].

4) Toda paralización impuesta a los acreedores que no gocen del respaldo de una garantía surtirá efecto durante todo el procedimiento de liquidación.

5) Si la paralización surte efecto a raíz de la presentación de una demanda de apertura de un procedimiento, el tribunal podrá ordenar, al detectar abierto el procedimiento, que la paralización siga aplicándose a los acreedores que gocen del respaldo de una garantía por un plazo de [30 a 60 días]. Transcurrido dicho plazo, el representante de la insolvencia podrá demandar que esa paralización sea prorrogada por un plazo de [... días], con tal de que demuestre que esa prórroga es necesaria para maximizar el valor de los bienes en provecho de todos los acreedores y que los acreedores respaldados por una garantía no sufrirán ningún daño que sea desproporcionado.

6) Todo acreedor que goce del respaldo de una garantía podrá demandar al tribunal ser eximido de la paralización si demuestra estar corriendo algún peligro grave (por ejemplo, la ausencia de toda protección adecuada del valor económico de su garantía). El representante de la insolvencia podrá hacer entrega del bien constituido en garantía si se determina: que no es viable, o que resultará excesivamente oneroso, amparar el valor de dicho bien; que el bien constituido en garantía carece de utilidad para la masa de la insolvencia o no es liquidable en un plazo razonable; o que dicho bien no es esencial para la venta global del negocio.

Reorganización

7) Las consideraciones relativas al momento en que la paralización surte efecto son iguales para la reorganización que para la liquidación.

8) Cuando la paralización surta efecto nada más presentarse la demanda, seguirá automáticamente en vigor tras la apertura del procedimiento, sin que el tribunal haya de intervenir, salvo para levantar la paralización respecto de algún acreedor individual.

9) La paralización debe ser aplicable por igual a todo acreedor con o sin el respaldo de una garantía, salvo que sea levantada [por la totalidad del

procedimiento] [por el plazo que se juzgue necesario para aprobar un plan de reorganización].

10) Todo acreedor que goce del respaldo de una garantía podrá demandar que la paralización sea levantada si consigue demostrar algún perjuicio grave (p. ej., que no se está protegiendo adecuadamente el valor económico de su garantía). Se podrá levantar la paralización en supuestos en los que el representante de la insolvencia determine que: la protección del valor de la garantía no es viable o resultará excesivamente onerosa; los bienes constituidos en garantía carecen de valor para la masa o no podrán ser liquidados en un plazo razonable; o que el bien constituido en garantía no es requerido para el procedimiento de reorganización.

11) De ser aplicable la paralización a los acreedores amparados por una garantía, el régimen de la insolvencia deberá prever medidas protectoras adecuadas de la garantía.

C. Régimen aplicable a los contratos

1. Observaciones generales

84. Es casi inevitable que, a la apertura de un procedimiento de insolvencia, el deudor sea parte en uno o más contratos que alguna o ambas partes no hayan acabado de cumplir.

85. No se necesita ningún régimen especial para el supuesto de que una parte haya cumplido plenamente sus obligaciones. Si es el deudor quien no ha cumplido parcial o totalmente sus obligaciones, la otra parte podrá demandar su cumplimiento o una indemnización, pero deberá hacerlo en el marco del procedimiento de insolvencia. Si la otra parte es la que no ha cumplido total o parcialmente sus obligaciones, el representante de la insolvencia podrá demandar el cumplimiento de la otra parte o una indemnización. Cuando ambas partes no hayan cumplido plena o parcialmente sus obligaciones, es rasgo común de muchos regímenes de la insolvencia que el representante de la insolvencia pueda interferir en dichos contratos, optando entre rescindirlos o mantenerlos en vigor (con la posibilidad de cederlos ulteriormente). En espera de la decisión de si se debe rescindir o mantener un contrato procederá exigir [del representante] [de la masa] de la insolvencia que remunere conforme corresponda todo beneficio reportado por el contrato.

86. A medida que una economía se desarrolla, su riqueza pasa a depender en mayor grado de los contratos que de la tierra. A ello se debe la enorme importancia del régimen aplicable a los contratos en supuestos de insolvencia. Cabe citar dos grandes dificultades para la elaboración de los principios que deben regir en la materia. La primera dimana de que los contratos, a diferencia de los demás bienes de la masa, suelen conllevar compromisos o créditos del deudor que la masa deberá respetar, efectuando pagos o prestaciones, a fin de poder disfrutar de derechos contractuales que pueden reportar contraprestaciones valiosas. Ello significa que se habrán de adoptar decisiones difíciles acerca del trato que se ha de dar a un contrato para que reporte el mayor provecho posible a la masa de la insolvencia. Normalmente, será el representante de la insolvencia el que se encargue de tomar

estas decisiones. En algunos ordenamientos, ciertas decisiones habrán de ser aprobadas por el tribunal.

87. El objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo, procurando habilitar, en una reorganización, a la empresa para que sobreviva y prosiga su negocio, a ser posible sin interrupciones, puede suponer que se ha de mantener todo contrato que sea provechoso a la empresa, procurando deshacerse de aquellos que resulten onerosos, es decir, de todo contrato cuyo costo operacional supere al beneficio que reporte. Cabe citar, como ejemplo, el de un contrato por el que un deudor se haya comprometido a comprar determinada mercancía a un precio que sea inferior al precio del mercado en el momento de la insolvencia, supuesto donde es evidente que el interés de la masa está en seguir comprando al precio inferior para revender al precio del mercado. En un caso así, el vendedor deseará naturalmente liberarse de ese acuerdo poco rentable, pero en algunos ordenamientos no le será permitido, aun cuando la masa de la insolvencia tal vez haya de garantizarle que se le pagará el precio estipulado en su totalidad.

88. Se dan, no obstante, supuestos de intereses encontrados en los que el logro de estos objetivos deberá ser sopesado en función de esos intereses. Cabe citar el notable interés social de ciertos tipos de contratos como los contratos laborales (véanse los párrafos 113 y 114 *infra*), y el efecto que pudiera tener facultar al representante de la insolvencia para interferir con las condiciones de contratos que aún no hayan sido cumplidos sobre la previsibilidad del comercio y de las relaciones financieras, así como sobre la disponibilidad y costo subsiguientes del crédito financiero ofrecido a las empresas (cuanto mayor sea el poder del representante de la insolvencia para interferir en los contratos de la empresa deudora tanto mayor será el costo y menor la disponibilidad de crédito financiero para todas las empresas). La facultad otorgada al representante para rescindir, por ejemplo, los contratos de empleo, se verá tal vez limitada por la inquietud de que la liquidación sea utilizada como ardid para eliminar la protección de que gozan los empleados en virtud de sus contratos. Cabe también citar como categorías de contratos que requieren un régimen especial, ciertas operaciones del mercado financiero (véase el párrafo 121 *infra*) y algunos contratos de servicios personales, en los que la identidad de la persona que ha de cumplir el acuerdo, ya sea el deudor o un empleado del deudor, revista particular importancia. Como cuestión conexa cabe mencionar la necesidad de que se definan los supuestos en los que se autorice al representante de la insolvencia a alterar los términos de un contrato de alguna categoría que requiera un régimen especial.

89. La segunda dificultad dimana de la gran diversidad de los contratos: contratos de compraventa pura y simple; arrendamientos a corto o a largo plazo de tierras o de bienes o servicios personales; y contratos sumamente complejos de concesión, construcción o explotación de grandes obras o servicios de utilidad pública, etc. Además, el deudor podrá ser parte en esos contratos como comprador o vendedor, arrendante o arrendatario, licenciante o licenciatiario, proveedor o destinatario, planteando así problemas a la masa que habrán de considerarse desde ángulos muy diversos. Una solución habitual, que se examinará más adelante, consiste en prever un régimen general para todo tipo de contratos con excepciones para algunos contratos especiales.

90. En caso de quiebra, los contratos se distribuirán en dos categorías: los contratos celebrados por el deudor antes de la insolvencia y los contratos celebrados

tras el inicio de la insolvencia. Conforme a muchos ordenamientos el incumplimiento de un contrato de la primera categoría (previos a la insolvencia) daría lugar a un crédito no garantizado que suele pagarse por prorrateo. El incumplimiento de un contrato de la segunda categoría (posterior a la insolvencia) gozará normalmente de prelación sobre los fondos aún disponibles, por lo que deberá pagarse en su totalidad a título de gasto de administración de la insolvencia (ver la sección V.A, Orden de prelación a efectos de la distribución, *infra*). La distinción entre los contratos de una y otra categoría desaparece cuando el representante de la insolvencia trata de dar cumplimiento a algún contrato previo tras determinar que el cumplimiento de ese contrato reportará mayor beneficio a la masa que su incumplimiento. Si opta por proseguir el contrato, el contrato queda así confirmado, por lo que en muchos regímenes de la insolvencia todo incumplimiento ulterior dará nacimiento a un crédito prioritario pagadero a título de gasto de administración.

91. Cualquiera que sea el régimen elegido en lo relativo al mantenimiento o la rescisión de los contratos, se aconseja que todo derecho a rescindir o proseguir un contrato recaiga sobre el contrato en su conjunto, sin dar lugar a que el representante de la insolvencia pueda optar por proseguir ciertas partes del contrato y rescindir otras.

a) Mantenimiento del contrato

92. Los diversos regímenes de la insolvencia siguen distintos criterios respecto del mantenimiento de contratos. Algunos regímenes exigen del representante de la insolvencia que decida cuándo se ha de proseguir el contrato, señalándole un plazo para decidirlo; de no decidir nada dentro de dicho plazo el contrato se dará por rescindido. Conforme a otros regímenes, los contratos no se verán afectados por la apertura del procedimiento, por lo que toda obligación contractual seguirá siendo vinculante y se regirá por el derecho general de los contratos, salvo que el régimen de la insolvencia disponga expresamente que se han de aplicar otras reglas, como sucedería respecto de la rescisión y de la anulación de las cláusulas de rescisión automática (véanse los párrafos 103 a 109 *infra*).

93. Todo contrato que se mantenga será tratado como una obligación en curso de la empresa insolvente que deberá cumplirse, por lo que toda obligación contractual de la masa, que sea así reconocida, pasará a ser conceptuada como obligación posterior a la apertura del procedimiento. De haber incumplido ya el deudor un contrato al demandarse la apertura del procedimiento, cabe cuestionar la equidad de obligar a la otra parte en ese contrato a seguir comerciando con un deudor insolvente que haya además incumplido sus obligaciones antes de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen, como requisito para proseguir dicho contrato, que el representante de la insolvencia subsane todo incumplimiento del contrato y garantice su futuro cumplimiento depositando, por ejemplo, alguna caución o garantía.

94. Los créditos nacidos del cumplimiento de un contrato con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia son tratados por ciertos regímenes de la insolvencia como gastos de administración de la masa (ver la sección IV.C, Financiación posterior a la apertura del procedimiento, *infra*) por lo que gozan de prioridad en la distribución. Dado que la concesión de esa prioridad puede suponer

un riesgo para los demás acreedores (que serán pagados después) es conveniente que sólo se prosigan los contratos que sean rentables o que sean esenciales para el funcionamiento ininterrumpido del negocio. Cuando el represente de la insolvencia incumple un acuerdo mantenido, la parte damnificada podrá defender judicialmente sus derechos, demandando ser indemnizada con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del régimen de la insolvencia y su derecho a ser indemnizado gozará del trato preferente otorgado a los gastos administrativos de la masa de la insolvencia (frente a los créditos no garantizados).

i) Reorganización

95. Al ser el objetivo de la reorganización que la empresa sobreviva y prosiga sus negocios en la medida de lo posible, será normalmente crucial mantener en vigor todo contrato que sea rentable para la empresa.

96. Muchos contratos contienen una cláusula por la que se estipula que la apertura de un procedimiento de insolvencia constituye un supuesto de incumplimiento que da a la otra parte un derecho incondicional a rescindir el contrato o a reclamar su ejecución anticipada, o algún otro derecho. En algunos foros se reconoce la validez de estas cláusulas por lo que si el representante de la insolvencia desea proseguir el contrato, sólo podrá hacerlo si la otra parte no opta por rescindirlo o reclamar su cumplimiento anticipado, o si no consigue disuadirla de hacerlo. El régimen de la insolvencia puede haber previsto algún mecanismo por el que se pueda tratar de persuadir a aquellas partes cuyo contrato sea rescindible, a optar por mantenerlo, tal como sería darles prioridad de pago por todo servicio contractual prestado tras la apertura del procedimiento (en algunos regímenes de la insolvencia, esos gastos son tratados como gastos posteriores a la apertura con derecho a ser pagados en primer lugar con cargo a todos los bienes no gravados).

97. Cabe aducir a favor de que se respeten las cláusulas de rescisión los siguientes factores: la conveniencia de respetar todo trato comercial que se haya concertado; evitar que el deudor pueda optar por cumplir selectivamente los contratos que le sean rentables, anulando, sin más, los demás (ventaja de la que estará privada su contraparte inocente); el efecto que pudiera tener esa invalidación sobre los acuerdos de compensación global por saldos netos; la lógica de que puesto que la empresa insolvente habrá normalmente suspendido pagos, toda demora en rescindir los contratos sólo servirá para elevar el monto de su endeudamiento; la necesidad para todo creador de ideas patentables de poder controlar su explotación comercial; las repercusiones que puede tener la rescisión de un contrato relativo a bienes de propiedad intelectual sobre el negocio de la otra parte; y los inconvenientes de imponer la cesión de un contrato a un cesionario que la otra parte no conozca o con el que la otra parte no desee tener tratos.

98. Según otro criterio, el representante de la insolvencia podrá proseguir el contrato aun cuando la otra parte se oponga, lo que significa que todo supuesto de incumplimiento, basado en la apertura de un procedimiento de insolvencia, que dé a la otra parte derecho a rescindir o a reclamar el cumplimiento anticipado del contrato, se verá privado de su efecto por imperio de la ley. Esa posibilidad de anular las cláusulas de rescisión o de cumplimiento anticipado del contrato en un procedimiento de reorganización puede ser crucial para el éxito del procedimiento si se trata, por ejemplo, de un contrato de arriendo de algún factor esencial o si se refiere al empleo de bienes de propiedad intelectual incorporados a algún producto

de la empresa. Esa posibilidad puede reforzar también la rentabilidad potencial del negocio; restarle medios de presión comercial a algún proveedor esencial; y asegurar el valor de los contratos del deudor en provecho de sus acreedores. Cuando el régimen de la insolvencia prevea la invalidación de las cláusulas de rescisión, es posible que los acreedores adopten medidas preventivas para evitarlo, rescindiendo el contrato antes de presentarse la demanda de apertura del procedimiento (invocando algún incumplimiento del deudor que no dependa de esa apertura). Cabría atenuar ese riesgo disponiendo que el representante de la insolvencia estará facultado para restablecer el contrato así rescindido, siempre que dé cumplimiento a las obligaciones del deudor previas y posteriores a la apertura de procedimiento.

99. Aun cuando en algunos ordenamientos se permite ya la invalidación legal de las cláusulas de rescisión, esa autorización no es aún general en los regímenes de la insolvencia. Subsiste cierta tensión entre el deseo de favorecer la supervivencia del deudor, lo que requiere mantener ciertos contratos y el peligro de restar predecibilidad a los tratos comerciales y elevar su costo, introduciendo diversas excepciones a las reglas generales. Si bien esta cuestión habrá de ser cuidadosamente sopesada en cuanto a sus ventajas e inconvenientes, no dejan de darse casos en los que esa facultad del representante de la insolvencia para mantener ciertos contratos será crucial para el éxito de la reorganización, así como, aun cuando quizá en menor medida, para vender la empresa como negocio en marcha en un supuesto de liquidación. Todo impacto negativo de la facultad de invalidar cláusulas de rescisión puede ser compensado indemnizando aquellos acreedores que puedan demostrar que han sufrido algún daño o pérdida a resultas del mantenimiento del contrato.

ii) Liquidación

100. Es probable que en una liquidación sea menos importante dar seguimiento a los contratos que en una reorganización salvo que el contrato contribuya al valor del negocio o de algunas de sus unidades y facilite así la venta de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, un alquiler negociado a un precio inferior al del mercado y por un plazo cuyo término esté aún distante puede constituir un activo importante para la venta del negocio o que reporte algún otro provecho a los acreedores.

101. Cabe aducir a favor de que se puedan invalidar las cláusulas de rescisión en supuestos de liquidación, la necesidad de mantener intacto el negocio para no debilitar su rentabilidad eventual y optimizar las posibilidades de venta; el interés de que se retenga el valor de todo contrato rentable para los acreedores, evitando que la otra parte quede libre de su compromiso; y la conveniencia de interesar a todas las partes en la suerte final del negocio. [*¿Posibles motivos adicionales?*]

iii) Excepciones

102. Las excepciones al poder otorgado al representante de la insolvencia para mantener vigentes los contratos suelen corresponder a dos categorías. Por la primera se exceptuaría del poder del representante de la insolvencia para anular ciertas cláusulas contractuales de rescisión, determinadas categorías de contrato como los contratos financieros a corto plazo (por ejemplo, los contratos a término y las permutas financieras). Dentro de la segunda categoría figurarían aquellos contratos en los que, cualquiera que sea el régimen de la insolvencia respecto de las cláusulas

de rescisión, el contrato no podrá proseguirse por razón de la índole personal irreemplazable de los servicios que ha de prestar el deudor (por ejemplo, un cantante de ópera).

b) Rescisión

i) Liquidación

103. Por regla general, conviene que el representante de la insolvencia esté facultado para rescindir todo contrato en que ninguna de las partes haya completado el cumplimiento de sus obligaciones.

104. Cabe prever diversos mecanismos para rescindir el contrato. Uno de ellos sería imponer al representante de la insolvencia la obligación de adoptar una decisión expresa al respecto, como sería la de notificar a la otra parte que el contrato ha de darse por rescindido. Este enfoque tal vez no salvaguarde los objetivos de la certidumbre, predecibilidad y marcha eficiente del procedimiento, si se permite que el representante de la insolvencia se demore en la adopción de las medidas oportunas, dejando que el negocio quede irresuelto durante cierto tiempo. Esa demora daría también lugar a una acumulación innecesaria de gastos (por ejemplo, el pago del alquiler de bienes y servicios al deudor puede dar lugar a una acumulación elevada de gastos administrativos si esos arriendos no se rescinden rápidamente).

105. Conforme a otro criterio cabe considerar que el contrato queda automáticamente rescindido si el representante de la insolvencia no ha optado por mantenerlo al término del plazo estatuido al respecto, que podrá ser más largo para la reorganización que en un supuesto de liquidación. Con este criterio se trata de que ambas partes sepan a qué atenerse, ya que el representante de la insolvencia deberá adoptar una decisión oportuna respecto de todo contrato pendiente a la apertura del procedimiento, despejando toda duda que pueda abrigar la otra parte respecto de la subsistencia del contrato dentro de un plazo razonable tras la apertura del procedimiento. [*¿Posibles motivos adicionales?*]

106. Si se rescinde el contrato, la otra parte queda dispensada del cumplimiento del resto del contrato, por lo que la única cuestión a resolver es la de calcular el importe de los daños no asegurados que ocasione esa rescisión. La otra parte pasará a ser un acreedor sin garantía por el monto de los daños sufridos. Si el contrato se ha seguido cumpliendo durante cierto tiempo tras la apertura del procedimiento, antes de ser rescindido, la otra parte podrá reclamar la suma debida por ese cumplimiento (probablemente a título de gastos administrativos de la insolvencia) y una suma por concepto de los daños causados por la rescisión.

ii) Reorganización

107. En un supuesto de reorganización, se mejorarán las perspectivas de éxito de la misma si se autoriza al representante de la insolvencia a denunciar todo contrato que resulte en exceso oneroso. Cabe citar al respecto todo contrato que suponga para la masa una carga mayor al beneficio reportado o, en el supuesto de un arriendo que no haya expirado, cuando su precio sea superior al que entonces rija en el mercado.

108. Si bien, en un supuesto de liquidación, cabe suponer que toda decisión no adoptada oportunamente por el representante de la insolvencia respecto del contrato, equivale a su rescisión, esa suposición no será siempre válida en el supuesto de una reorganización. De procederse a la reorganización, tal vez convenga dar como margen al representante de la insolvencia para decidir si se ha rescindir el contrato el tiempo que sea necesario para aprobar el plan de reorganización, con tal de que todo provecho reportado a la masa por el contrato sea remunerado a la otra parte, que deberá poder exigir una decisión más temprana si lo desea o lo juzga necesario. Conviene que se determine claramente en el plan el trato que se ha de dar a determinados contratos, disponiéndose tal vez que todo contrato no expresamente mencionado en el plan quedará automáticamente denunciado al ser aprobado dicho plan.

iii) Excepciones

109. Cualquiera que sea el alcance de los poderes de rescisión otorgados al representante de la insolvencia, deberán preverse excepciones para ciertos contratos. Una excepción importante sería la de los contratos laborales (véanse los párrafos 113 y 114 *infra*). Tal vez convenga exceptuar igualmente los acuerdos en los que el deudor sea el arrendante o el licenciatario de propiedad intelectual y la rescisión de ese contrato pueda poner término o dañar gravemente al negocio de la otra parte. Especialmente si la ventaja de la rescisión es relativamente pequeña para el deudor. Si el deudor es un arrendatario, tal vez convenga fijar un tope máximo a la indemnización pagadera (que tal vez sea una suma monetaria o un plazo durante el que sea abonable esa indemnización) a fin de que el monto de la indemnización abonable por concepto de un arriendo a largo plazo no sea desproporcionado a la luz de la suma que vaya a quedar para pagar los créditos de los demás acreedores. Los arrendantes suelen poder mitigar sus pérdidas realquilando sus locales o instalaciones.

c) Cesión

110. Permitir que el representante de la insolvencia opte entre proseguir el contrato o cederlo a un tercero, pese a toda cláusula contractual de intransferibilidad o de rescisión automática del contrato, puede ser provechoso a la masa de la insolvencia y, por ello, a los acreedores que hayan de repartirse el producto de su liquidación. Puede haber supuestos, en los que, al ser el precio del bien arrendado inferior al del mercado, la otra parte se beneficiaría de la rescisión del contrato. Si ese contrato puede mantenerse o ser cedido a un tercero, esa diferencia entre el precio del mercado y el del contrato redundaría en provecho de la masa de la insolvencia y no de la otra parte en el contrato.

111. Ahora bien, esa opción dada al representante puede ser contraria a los derechos contractuales de la otra parte que pudiera verse dañada, especialmente cuando la otra parte no pueda intervenir en la selección del cesionario. Se siguen diversos criterios a este respecto, ya que la ley de algunos países invalida expresamente toda cláusula de intransferibilidad del contrato a la apertura del procedimiento de insolvencia, mientras que en otros, la otra parte o todas las partes en el contrato originario deberán dar su consentimiento a la cesión, previéndose para el supuesto de que el consentimiento sea denegado sin motivo razonable, que el

representante pueda demandar la autorización requerida del foro competente. Otro criterio prevé que el contrato pueda ser cedido si el representante de la insolvencia demuestra a la otra parte que el cesionario reúne las condiciones para cumplir adecuadamente el contrato, lo que permitirá que el contrato sea cedido en provecho de la masa de la insolvencia. Este enfoque corresponde al criterio seguido en el artículo 9 del [proyecto] de convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. Si bien esta opción se considera crucial, en algunos países, para el procedimiento de liquidación, en otros es completamente desconocida o puede estar incluso prohibida.

112. Aun cuando el representante de la insolvencia esté facultado para ceder los contratos, algunos contratos no podrán cederse por estipular la prestación de ciertos servicios personales irreemplazables o porque lo prohíba expresamente la ley. En algunos países, por ejemplo, no se podrá ceder ninguna contrata otorgada por la administración pública.

d) Excepciones generales al poder de proseguir, rescindir o ceder los contratos

i) Contratos laborales

113. Una excepción importante es la prevista para los contratos laborales o de empleo. Pese a ser particularmente importantes para la reorganización de una empresa, esos contratos son también importantes en un supuesto de liquidación en el que el representante de la insolvencia esté intentando vender la empresa como negocio viable en marcha. El precio de la venta será superior si el representante de la insolvencia puede rescindir ciertos contratos de empleo onerosos o si puede reducir notablemente la plantilla del deudor. Ahora bien, la relación de los empleados con su empleador da lugar a algunas de las cuestiones más difíciles del régimen de la insolvencia. El contrato en sí es básicamente igual a todo otro contrato pendiente, pero el problema dimana de las normas del derecho imperativo por lo demás aplicable que amparan la situación de todo empleado. Puede haber, por ejemplo, disposiciones contra todo despido injusto, condiciones de pago mínimas, vacaciones pagadas, horario máximo, licencia de maternidad, igualdad de trato y no discriminación. Lo difícil es determinar hasta qué punto esas disposiciones repercutirán sobre la insolvencia, suscitando cuestiones ajenas al problema de la rescisión del contrato o al orden de prelación de los créditos monetarios. Por ello, algunos países han promulgado regímenes de protección especial para los créditos de los empleados en todo supuesto de insolvencia (ver la sección IV.E, Créditos de los acreedores y su régimen, *infra*) y limitan expresamente los poderes de rescisión del representante de la insolvencia respecto de los contratos laborales, a fin de evitar que el procedimiento de insolvencia sirva para soslayar el amparo debido a los empleados. Tal vez se limiten por ello esos poderes a determinados supuestos en los que la remuneración del empleado sea excesiva en función del promedio salarial previsto para tareas de la misma índole. En algunos países, la ley ha previsto que el empleado deberá seguir a la empresa, siempre que ésta se venda como negocio en marcha, ya sea en el curso de una liquidación o en el de una reorganización, aunque en otros esta regla será aplicable únicamente en los supuestos de reorganización.

114. En aras de la transparencia de este régimen, es conveniente señalar claramente cuáles son los límites del poder otorgado al representante de la insolvencia respecto de cada una de estas categorías de contrato.

e) Poder para desprenderse de bienes que resulten gravosos

115. Además de su poder para rescindir contratos, el representante de la insolvencia goza en algunos regímenes de un poder para desprenderse de otros bienes incluidos en la masa que estén de tal modo gravados que su retención resulte excesivamente costosa, o que sean difíciles o imposibles de vender o den lugar a obligaciones excesivamente onerosas. Al igual que en un supuesto de rescisión, es probable que el poder para desprenderse de un bien prevea la indemnización de toda víctima eventual de esa decisión, y prevea también la posibilidad de transferir la propiedad de dicho bien a alguna persona que no sea el deudor.

f) Derechos de compensación, acuerdos de compensación global por saldos netos y contratos financieros[1]

i) Derechos de compensación

116. La cuestión importante para todo régimen de la insolvencia será la del trato a dar a todo acreedor que, en el momento de presentarse la demanda de un procedimiento de liquidación, es a su vez deudor de la masa de la insolvencia. Si se aplica el principio básico de la igualdad de trato de todos los acreedores de una misma categoría, el resultado será relativamente sencillo: el representante de la insolvencia podrá exigir el cobro de la suma completa debida por el acreedor y el crédito de dicho acreedor será satisfecho conforme corresponda al liquidarse la masa. Ahora bien, cabría seguir el criterio de que, en las circunstancias del caso, el acreedor podrá ejercer un derecho de compensación frente a la masa de la insolvencia, una vez presentada la demanda de liquidación, con el resultado de que, si lo permite la cuantía del crédito de la masa frente al acreedor, es posible que el crédito de dicho acreedor quede plenamente compensado.

117. Cabe aducir diversas razones para que el régimen de la insolvencia aborde la problemática suscitada por los derechos de compensación. La primera sería el principio de la equidad: pese a la importancia de respetar el principio de la igualdad de trato entre los acreedores, tal vez sea injusto que se le permita a un deudor que ha denegado un pago a su acreedor que insista al mismo tiempo en cobrar su propio crédito frente a dicho acreedor. Además, al ser la parte contraria a menudo un banco, la salvaguardia de su derecho de compensación resulta particularmente importante para el funcionamiento del sistema bancario que, por constituir la principal fuente de creación de crédito, suele ser considerado como de provecho general para la economía. Por razón de sus funciones básicas (de instituciones de depósito de fondos y de creación de crédito) es frecuente que los bancos que hayan prestado fondos a un deudor insolvente descubran que tiene, a su vez, obligaciones financieras frente a ese deudor en forma de depósitos. El derecho de compensación a raíz de la apertura de un procedimiento permitiría que el banco compensara sus créditos pendientes frente al deudor con los fondos depositados por el deudor, aun cuando los créditos recíprocos del banco no hayan aún vencido y no sean pagaderos.

[1] El material que figura en la presente sección procede en gran parte de *Unos procedimientos de insolvencia ordenados eficaces: cuestiones clave*, Departamento de Asuntos Jurídicos, Fondo Monetario Internacional, 1999, y de "Principios y directrices de reglamentación de la insolvencia y los derechos de los acreedores", Banco Mundial, abril de 2001, párrs. 121 a 125.

Esos derechos de compensación permitirán que el acreedor se evada de las dificultades dimanantes de la insolvencia del deudor evitando así ciertos efectos en cadena de la quiebra, lo que, al reducir el margen de exposición del banco a los riesgos de insolvencia, reducirá también el costo de las operaciones financieras y del crédito otorgado por el banco a las empresas.

118. Pese a las ventajas aducidas en favor de respetar los derechos de compensación, esas razones tal vez deberán ser contrarrestadas por algunos de los argumentos aducidos en contra. La compensación constituye, en el marco de la insolvencia, una violación del principio pari passu, ya que todo acreedor que disponga de un derecho de compensación adecuado cobrará plenamente su crédito. La compensación puede agotar el activo financiero del deudor y dificultar la reorganización, particularmente cuando el deudor pierde acceso a los fondos depositados en su cuenta bancaria y [*¿otros argumentos?*].

119. La postura internacional frente a la compensación es bastante compleja. Un pequeño número de países prohíben la compensación, salvo en ciertas categorías de operaciones o en el marco de una cuenta corriente. Unos cuantos países han ampliado la gama de operaciones compensables y han introducido regímenes de compensación global (*netting*) aplicables únicamente a determinados contratos. Entre los Estados que tradicionalmente la autorizan, unos cuantos la paralizan en el curso de un procedimiento de reorganización, salvo respecto de ciertos contratos financieros. En otros regímenes de la insolvencia, el problema de la compensación no ha sido ni siquiera abordado.

120. El régimen de la compensación puede incidir sobre el régimen de la insolvencia, y viceversa, en ciertos respectos importantes. Por ejemplo, el derecho del acreedor a hacer valer una compensación podrá ser anulado si recibió la provisión de fondos o el depósito del deudor durante el plazo presuntamente sospechoso previo a la declaración de insolvencia o si la insolvencia del deudor resulta del ejercicio de ese derecho de compensación. Tal vez también sea anulable si se sucede tras la presentación de la demanda de apertura del procedimiento. En supuestos en los que el régimen de la insolvencia permita la invalidación de las cláusulas de rescisión a fin de permitir que el representante de la insolvencia mantenga en vigor contratos pendientes de cumplimiento, los acreedores sólo podrán ejercer sus derechos de compensación respecto de créditos monetarios recíprocos cuando el derecho de invalidar la cláusula de rescisión expresamente permita que el acreedor rescinda el contrato y compense esos créditos recíprocos. Esta salvedad es particularmente importante en el marco de ciertas operaciones financieras a corto plazo.

ii) Los contratos financieros concertados en el marco de un acuerdo de compensación global por saldos netos

121. Según como resuelva el problema del régimen aplicable a los contratos y a los derechos de compensación, el derecho de la insolvencia deberá o no regular expresamente ciertos tipos de contratos financieros a corto plazo, incluidos los acuerdos de derivados (por ejemplo, permutas de tasas de interés o de monedas). Las condiciones, cada vez más normalizadas, de los acuerdos marco por los que se rigen todas estas operaciones suelen contener disposiciones que permiten que una de las partes, al declararse abierta la insolvencia de otra parte, compense (véase el glosario) la totalidad de sus ganancias y pérdidas y todas las sumas impagadas por

concepto de operaciones por lo demás independientes. Esas disposiciones de la "compensación de clausura" (véase el glosario), que globalizan la liquidación de todas las obligaciones de pago independientes, surten normalmente efecto únicamente al declararse la insolvencia de una de las partes, si el régimen de la insolvencia permite dos de las operaciones típicas de estos acuerdos marco. En primer lugar deberá permitir la extinción (o "clausura") de todas las operaciones pendientes en el marco del acuerdo de compensación global de la parte declarada insolvente, y, en segundo lugar, deberá permitir que la parte no insolvente compense recíprocamente sus créditos y obligaciones con la parte insolvente.

122. El régimen de la insolvencia de cierto número de países no ha previsto estas dos operaciones clave del acuerdo marco. Respecto a la extinción o rescisión de los contratos, algunos países permiten que el representante de la insolvencia opte por proseguir un contrato en violación de toda cláusula de rescisión inserta en el contrato. Respecto de la compensación, cierto número de países no permite que se compensen créditos financieros independientes que no hayan vencido al declararse abierta la insolvencia.

123. Muchos países que no poseen un régimen general que prevea a la vez esa extinción y esa compensación de las operaciones en curso, han previsto ciertas excepciones al régimen general de la insolvencia a fin de permitir esa "compensación de clausura" de los contratos financieros. Esas excepciones se justifican por la creciente importancia de estas operaciones en los mercados financieros mundiales y por las restricciones de acceso a esas operaciones que resultarían de toda incertidumbre respecto a la posibilidad de esa compensación de clausura por la que se elimina del acuerdo global de compensación a toda parte que sea declarada insolvente. Pese a todas estas importantes ventajas, debe reconocerse que esas "excepciones especiales" complican el régimen legal general y otorgan un trato preferencial a ciertos tipos de acreedores.

2. Régimen aplicable a los contratos: resumen y recomendaciones

1) Las disposiciones relativas al régimen aplicable a los contratos tienen por objeto:

a) Otorgar al representante de la insolvencia cierto poder de intervención respecto de contratos que el deudor y la otra parte no hayan cumplido en su totalidad o parcialmente con miras a maximizar el valor de la masa de la insolvencia y de reducir sus obligaciones;

b) Definir el alcance del poder otorgado al representante de la insolvencia respecto de esos contratos y los supuestos en los que podrá ejercer ese poder;

c) Definir aquellos contratos que deban ser excluidos de ese poder;

d) [...].

2) El representante de la insolvencia podrá rescindir todo contrato que no haya sido cumplido, parcial o totalmente, ni por el deudor ni por la otra parte.

3) Cabe seguir uno de dos criterios para determinar el momento en que la rescisión surtirá efecto:

a) al ser notificada la rescisión por el representante de la insolvencia [se insertan aquí las ventajas y desventajas descritas en el párrafo 104]; o

b) automáticamente, de no decidir el representante de la insolvencia (o el tribunal) proseguir el contrato dentro de cierto plazo, que podrá ser prorrogado o abreviado por el tribunal [insertar aquí las ventajas y desventajas descritas en el párrafo 105].

4) La rescisión dará lugar a un crédito no garantizado por el monto de los daños imputables a la rescisión.

5) Debe limitarse este poder de rescisión respecto de ciertas categorías de contratos, y particularmente respecto de los contratos laborales, ciertos contratos financieros y [...]. Todo poder del representante de la insolvencia respecto de dichas categorías de contratos deberá ser claramente definido por el régimen de la insolvencia.

6) El representante de la insolvencia podrá optar por proseguir aquellos contratos que sean ventajosos para el negocio y puedan elevar el valor de la masa de la insolvencia, salvo ciertos contratos financieros, los contratos que no puedan proseguirse por requerir servicios personales insustituibles del deudor y [...]. Las disposiciones por las que se faculte al representante para proseguir o para ceder contratos deberán prever la indemnización de la otra parte por todo daño imputable al incumplimiento, de haber alguno.

7) Cuando el contrato contenga alguna cláusula de rescisión del mismo a la apertura de un procedimiento de insolvencia:

a) El representante de la insolvencia podrá obrar en el entendimiento de que dicha cláusula es nula y sin valor; o

b) El régimen de la insolvencia podrá disponer la nulidad o invalidez de dicha cláusula; o

c) No cabrá invocar dicha cláusula de rescisión automática a título de excepción del cedente frente al derecho del representante de la insolvencia a exigir el cumplimiento del contrato.

8) Los contratos que el representante de la insolvencia decida proseguir deberán ser tratados como obligaciones contraídas por la masa de la insolvencia tras la apertura del procedimiento.

9) Con la salvedad de todo contrato que sea intransferible por requerir el cumplimiento de algún servicio personal irreemplazable o por prohibir expresamente la ley que ese contrato sea cedido, el representante de la insolvencia podrá tratar toda cláusula de intransferibilidad como nula y ceder todo contrato que se haya mantenido, si todas las partes en el contrato originario consienten en ello.

10) Cuando las partes en un contrato no den su consentimiento a la cesión de dicho contrato, el tribunal podrá no obstante aprobar la cesión del mismo, si esa cesión es ventajosa para el negocio, contribuirá a elevar el valor de la masa de la insolvencia y si el tribunal estima que el cesionario podrá cumplir con sus obligaciones contractuales.

11) Con la salvedad de aquellas categorías de contratos respecto de las cuales se haya limitado el poder del representante de la insolvencia, dicho representante podrá ejercer su poder para rescindir, proseguir o ceder contratos sin necesidad de aprobación alguna, por parte del tribunal o de los acreedores, pero el ejercicio de ese poder estará sujeto a lo que resuelva el foro competente a instancia de toda parte interesada.

D. Acciones de nulidad

1. Observaciones generales

124. Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percata de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia (ya sea de liquidación o de reorganización) y la apertura de dicho procedimiento. Mientras tanto, el deudor puede tener abundantes oportunidades para tratar de ocultar bienes a los acreedores, suscribir compromisos ficticios, hacer donaciones a parientes o amigos, o pagar a ciertos acreedores en detrimento de otros. Desde la perspectiva del procedimiento de insolvencia, todas esas actividades perjudican a los acreedores ordinarios con créditos no garantizados, que no sean parte en dichas actividades y que no gocen del amparo de una garantía, y son contrarias al objetivo clave del trato equitativo que se ha de dar a todos los acreedores.

125. Muchos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones de alcance retroactivo destinadas a anular o invalidar toda operación pasada en la que haya intervenido el deudor insolvente y que haya reducido el patrimonio neto del deudor (por ejemplo, donando bienes o transfiriendo o vendiéndolos por debajo de su valor comercial) o que hayan violado el principio de la igualdad de trato que se ha de dar a todos los acreedores de una misma categoría (por ejemplo, pagando una deuda a un acreedor no garantizado o constituyendo una garantía a favor de un acreedor que no la tuviera, mientras que otros acreedores ordinarios quedarán sin ser pagados). La finalidad básica de los poderes de anulación es asegurar el pago equitativo de los acreedores de un deudor insolvente con arreglo al orden de prelación establecido. Pese a esta meta, es importante tener en cuenta que muchas de las operaciones que puedan ser objeto de ese poder de anulación serían perfectamente normales y aceptables, de no haberse efectuado a la sombra de una insolvencia, pero pasarán a ser sospechosas por el solo hecho de haberse efectuado estando ya cercana la apertura del procedimiento de insolvencia.

126. El régimen aplicable a la anulación de esas operaciones es objeto de enconado debate, principalmente en lo que respecta a su eficacia práctica y a la índole algo arbitraria de las reglas necesarias para definir, por ejemplo, los plazos de anulabilidad y la índole de las operaciones anulables. No obstante, esos poderes de anulación pueden ser importantes para el régimen de la insolvencia no sólo por estar basados en razones de justicia, sino también porque pueden servir para recuperar ciertos bienes en provecho general de los acreedores, y porque contribuyen a hacer respetar ciertas normas de conducta comercial equitativa que están inspiradas en los principios de diligencia y equidad por los que debe regirse la gestión de toda entidad comercial.

127. Al igual que sucede con otras disposiciones básicas del régimen de la insolvencia, al diseñarse el régimen aplicable a los poderes de anulación deberán

sopesarse diversos intereses sociales encontrados. Cabe citar al respecto el interés de que esos poderes sean eficaces para maximizar el valor de la masa de la insolvencia en provecho de todos los acreedores y el temor de que esos poderes priven de predecibilidad y certidumbre contractual a las operaciones de ciertas empresas en dificultades. Si se concluye que determinada operación es nociva para la masa, esa operación pudiera ser legalmente "anulable", a fin de que el bien enajenado por el deudor, o su valor, sea recuperado por el representante de la insolvencia en provecho general de los acreedores.

128. Se siguen diversos enfoques para definir cuáles son las operaciones que serán anulables. Uno de ellos insiste en que se utilicen criterios objetivos y de carácter general para determinar cuáles son las operaciones anulables. Lo importante sería, por ejemplo, poder determinar si una operación se celebró dentro de cierto plazo previo a la apertura del procedimiento (denominado a menudo "período de sospecha") o si la operación respeta ciertos criterios generales enunciados por la ley (por ejemplo, el requisito de que se dé un contravalor adecuado). Si bien conviene que todo criterio general sea sencillo de aplicar, cabe que ese criterio resulte arbitrario si se aplica por sí solo. Por ejemplo, una operación legítima y ventajosa para el deudor sería anulable si se ha celebrado dentro del plazo de sospecha previo que se haya fijado, mientras que otra operación que sea preferencial o fraudulenta quedaría a salvo, si no se ha celebrado dentro del plazo fijado.

129. Otro enfoque sería el de seguir criterios más casuísticos y subjetivos por los que se trate de determinar si existen indicios de una voluntad de ocultar bienes a los acreedores, o si el deudor era ya insolvente al efectuar la operación y si la otra parte actuó a sabiendas de esa situación. Este enfoque individualizado obligará a examinar en detalle la intención de las partes en cada operación y qué operaciones forman parte del curso normal del negocio que exista entre ellas. En algunos países, este enfoque ha dado lugar a prolongados litigios y cuantiosos gastos para la masa de la insolvencia, por lo que, a fin de evitar esos gastos, algunos ordenamientos han optado por imponer un plazo de sospecha breve, de unos tres a cuatro meses, complementado por la regla de que toda operación celebrada durante dicho plazo será sospechosa, salvo que se demuestre que hubo un intercambio de prestaciones, más o menos contemporáneo y de valor equivalente, entre las partes en dicha operación.

130. Independientemente de si el régimen de la insolvencia adopta alguno de estos dos enfoques o sigue otro intermedio que trate de compaginarlos, suele aceptarse como principio general que se debe imponer un régimen más estricto a toda operación concertada con personas allegadas (es decir socios comerciales o familiares del deudor o de sus acreedores, designados en algunos países por el término de "iniciados"). Cabe establecer un régimen más estricto para toda persona que sea probable que pueda ser favorecida o que pueda enterarse antes de la insolvencia *de facto* del deudor.

a) Categorías de operaciones que deben ser anulables

131. El término "operación" se refiere en su sentido lato a la amplia gama de actos o contratos por los que cabe enajenar bienes, ya sea por vía de transferencia, pago, constitución en garantía, compromiso contractual, préstamo, entrega, desgravación o liberación de una obligación.

132. Cabe señalar tres categorías de operaciones que son anulables en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Se trata de: toda operación en fraude de acreedores, toda operación concertada sin contravalor adecuado, y toda operación con determinados acreedores que quepa considerar como de índole preferencial. Algunas operaciones pueden corresponder a más de una de estas categorías, dependiendo de cuáles sean las circunstancias de cada contrato. Por ejemplo, una operación que parezca de índole preferencial será probablemente fraudulenta si se concierta estando el deudor en situación próxima a la insolvencia o si deja al deudor con recursos insuficientes para proseguir su negocio. De igual modo, una operación sin contravalor adecuado, es más probable que sea preferencial si se concierta con un acreedor que si se concierta con un tercero. Al determinar las categorías de operaciones que deben ser anulables, el régimen de la insolvencia deberá tener en cuenta las consecuencias de la operación para el negocio del deudor y la relación que pueda haber entre las partes en la operación. La idoneidad de estos criterios puede verse, por ejemplo, en un supuesto en el que los directivos de la empresa deudora traten de saldar, antes de la apertura del procedimiento, todas las obligaciones de las que ellos respondan personalmente. Si bien esos pagos pueden parecer aceptables, el efecto de esos pagos pudiera ser cuestionable.

133. Estas tres categorías de operaciones suelen ser anulables por diversas razones, a saber: para evitar fraudes (por ejemplo, operaciones destinadas a ocultar bienes en ulterior provecho del deudor o en provecho de los directivos, propietarios o miembros de la Junta o Consejo de Administración de la empresa deudora); para evitar favoritismos, cuando el deudor desee favorecer a ciertos acreedores en detrimento de los demás; para evitar alguna pérdida súbita del valor comercial de la empresa, justo antes de que se imponga la supervisión del procedimiento de insolvencia; y para crear un marco para un eventual arreglo extrajudicial. Los acreedores sabrán además que toda operación o embargo de última hora será anulable, por lo que será más probable que deseen colaborar con el deudor para llegar a un arreglo viable sin necesidad de una intervención judicial.

i) Operaciones fraudulentas

134. Son operaciones fraudulentas las efectuadas por la dirección de la empresa deudora con miras a burlar, obstaculizar o demorar toda tentativa de los acreedores por cobrar sus créditos, colocando los bienes fuera del alcance de los acreedores, mediante su transferencia a un tercero que haya actuado a sabiendas de la intención del deudor. A diferencia de otras operaciones examinadas en esta sección, las operaciones fraudulentas no son automáticamente anulables en función de un criterio objetivo, como sería el de un plazo de sospecha, ya que se habrá de probar en todo caso la intención fraudulenta del deudor. A título práctico, cabe indicar que si el deudor no puede explicar la finalidad comercial de una determinada operación que restó valor al patrimonio de la empresa, será relativamente sencillo demostrar que hubo intención fraudulenta. Al preparar el régimen de la insolvencia, se debe tener presente, como se indicó anteriormente, que una operación, que sea fraudulenta en un supuesto de insolvencia, suele ser una operación perfectamente válida al margen del régimen de la insolvencia.

ii) Operaciones sin contravalor adecuado

135. Una operación puede ser anulable si el contravalor percibido por el deudor a resultas de su enajenación de algún bien a un tercero es de índole nominal, o muy inferior al verdadero valor del bien enajenado, si esa operación se efectuó dentro de un cierto plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen además que el deudor fuera ya, de hecho, insolvente al efectuarse la operación, o que pasó a ser insolvente a resultas de esa operación. Estas operaciones serán anulables con independencia de si se celebran con los acreedores o con terceros.

iii) Operaciones preferenciales

136. Toda operación preferencial será anulable si se efectúa dentro de un cierto plazo, normalmente breve, previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, con un acreedor en relación a cierta deuda, con el resultado de que dicho acreedor recibe más de lo que legalmente le correspondería al prorratearse los bienes del deudor. Muchos países exigirán también que haya indicios de insolvencia efectiva o próxima al efectuarse la operación. La razón de ser para incluir estas categorías de operaciones entre las anulables por el régimen de la insolvencia es que, si ocurren poco antes de abrirse el procedimiento, es probable que exista ya una situación de insolvencia, por lo que constituiría una violación del objetivo clave del procedimiento que es asegurar un trato equitativo de los acreedores.

137. Cabe conceptuar como preferencial toda operación efectuada tras la demanda de un procedimiento de insolvencia, pero antes de su apertura, salvo que la operación haya sido autorizada conforme al régimen de la insolvencia. Tal vez convenga que el régimen de la insolvencia disponga que, de no haberse autorizado estas operaciones, serán nulas, en vez de anulables, a fin de evitar controversias. Pese a que ciertos regalos pueden ser perfectamente inocentes y conforme a derecho, su efecto pudiera también ser injusto para los acreedores por lo que serían anulables como operaciones fraudulentas, sin contravalor adecuado o preferenciales. Una compensación, que no sea en sí anulable, pudiera ser tenida por perjudicial si ocurre poco antes de presentarse la demanda de apertura del procedimiento y altera de tal modo el equilibrio de la deuda entre las partes que equivale a un trato preferente, o si esa compensación es resultado de una cesión de créditos entre acreedores destinada a crear un derecho de compensación frente al deudor. También será anulable si la compensación se efectúa en circunstancias irregulares, como sería haberla efectuado en ausencia de todo contrato previo entre las partes en dicha compensación.

138. En respuesta a todo alegato de que una operación es preferencial cabrá probar que, pese a sus apariencias de irregularidad, esa operación constituye una práctica comercial normal y, concretamente, fue efectuada en el curso normal del negocio existente entre las partes en la operación. Por ejemplo, el pago efectuado a la recepción de ciertas mercancías, que suelan ser pagadas a su entrega, no será normalmente anulable, aun cuando se haya efectuado poco antes de la apertura del procedimiento de la insolvencia, mientras que el pago de una deuda vencida hace mucho tiempo será probablemente anulable. Este criterio permite alentar a los proveedores de bienes y servicios a la empresa a seguir tratando con un deudor que esté atravesando un bache financiero, pero cuyo negocio sea aún viable.

139. Ciertas garantías reales, válidas con arreglo al régimen general de las garantías, pudieran ser anulables en un procedimiento de insolvencia si se crearon en el curso de una operación que sea catalogable como fraudulenta, preferencial o sin contravalor adecuado. Por ejemplo, la constitución de un bien en garantía poco antes de la insolvencia, aun cuando sea por lo demás válida, podría ser conceptuada como operación que favorece indebidamente a uno de los acreedores frente a los demás. Aun en supuestos en los que sea posible otorgar una garantía real en razón de alguna prestación anterior o de una deuda ya existente (lo que algunos ordenamientos permiten, pero otros no), esa garantía sería no obstante inválida si se considera que favorece indebidamente a uno de los acreedores.

b) Determinación del plazo de sospecha

140. Algunos regímenes de la insolvencia definen expresamente el plazo de sospecha (por ejemplo, tantos días o tantos meses previos a la declaración de insolvencia) durante el cual todas estas categorías de operaciones serían anulables. En otros regímenes, el plazo de sospecha será definido retroactivamente por el foro competente una vez abierto el procedimiento. En esos regímenes, la decisión del tribunal suele estar basada en la determinación del momento en que el deudor haya dejado de pagar sus deudas en el curso normal de sus operaciones ("suspensión de pagos"). Una cuestión conexa es la de determinar si el plazo de sospecha previsto por el régimen de la insolvencia podrá ser ampliado por el tribunal si el caso lo aconseja, extendiéndolo a operaciones que se hayan efectuado fuera del plazo de sospecha pero en condiciones cuestionables, y que hayan disminuido la masa de la insolvencia. Si adoptar un enfoque discrecional dará cierto grado de flexibilidad respecto de las operaciones susceptibles de ser anuladas, esa mayor flexibilidad puede ocasionar demoras en el procedimiento y no da a los acreedores una indicación clara y transparente de los tipos de operaciones que pudieran ser anulables. Si cabe deshacer o anular discrecionalmente operaciones efectuadas con anterioridad a todo plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, se estará probablemente restando seguridad a la firmeza de las operaciones financieras y comerciales.

141. En algunos regímenes de la insolvencia se establece un solo plazo de sospecha para todas las categorías de operaciones anulables, mientras que otros regímenes han previsto plazos diferentes en función de ciertos factores como el de si el daño ocasionado a los acreedores ha sido intencional (es decir, fraudulento) o el de si el cesionario gozaba de alguna relación especial o "de iniciado" con las partes interesadas (es decir, si tenía alguna relación social, empresarial o familiar con el deudor o sus acreedores). Dado que las operaciones fraudulentas suponen una conducta intencionalmente contraria a derecho o equidad, muchos regímenes de la insolvencia no imponen plazo temporal alguno que limite su anulabilidad. Pero en algunos otros regímenes de la insolvencia se fija un plazo sumamente largo (de uno a seis años) previo a la fecha de apertura del procedimiento.

142. Cuando una operación tenida por preferencial o sin contravalor adecuado se haya celebrado con algún acreedor no catalogable como persona "iniciada" de la empresa deudora, el plazo de sospecha será relativamente breve, tal vez de unos cuantos meses. Ahora bien, en muchos países se ha establecido un régimen mucho más estricto para toda operación que se sospeche que haya sido "de iniciados". Ese

régimen puede prever un plazo de sospecha más largo, la inversión de la carga de la prueba o la dispensa de ciertos requisitos, como el de que el deudor sea insolvente al celebrarse la operación, o que esa operación haya sido causante de la insolvencia.

c) Responsabilidad de la contraparte en una operación anulable

143. Respecto de cada uno de estos tipos de operación, cabe preguntarse si la otra parte pudiera estar exenta de responsabilidad y si es o no conveniente que la operación sea anulada. En esa decisión pueden influir diversas consideraciones respecto de cada tipo de operación y en cada caso se habrán de sopesar los criterios de equidad que tal vez amparen a la parte inocente frente a las dificultades de tener que probar su motivación y si tenía o no conocimiento de los hechos o del daño ocasionado a los acreedores, independientemente de cuál haya sido su estado mental al actuar.

144. En el supuesto de operaciones fraudulentas, por ejemplo, será importante determinar si la otra parte aportó a la operación un contravalor adecuado y si tuvo conocimiento de que el deudor actuaba en fraude de acreedores. En el supuesto de operaciones sin contravalor adecuado, será importante determinar si la contraparte gozaba de alguna relación "de iniciado" y si actuaba a sabiendas de la insolvencia *de facto* o inminente de la empresa deudora, o a sabiendas de que esa operación pudiera ser causa de insolvencia para la empresa deudora. Algunos regímenes de la insolvencia otorgan a la otra parte excepciones basadas en que su operación aportaba cierto valor a la empresa deudora y en que actuó sin conocimiento de ciertos hechos cruciales, mientras que otros regímenes exigen el retorno de todo bien enajenado, previendo no obstante alguna medida de amparo para todo valor efectivamente entregado o prestado por esa otra parte.

145. En el supuesto de operaciones de índole preferencial, cabe recurrir a diversos criterios. Conforme a uno de ellos, si el acreedor actuó de buena fe y sin conocimiento de que el deudor fuera insolvente al concertarse la operación o de que pudiera quedar insolvente a resultas de ella, ese acreedor no habrá contraído responsabilidad alguna, por lo que la operación no será anulada. Conforme a otro criterio se llegaría al mismo resultado si la operación fue básicamente contemporánea al nacimiento del crédito del acreedor y fue ocasión de que éste aportara o prestara un valor adecuado, o si la operación formaba parte del giro normal del negocio.

146. Si esas operaciones son catalogables como "de iniciados", se adoptará un régimen más estricto y se limitará el derecho de esas personas a presentar créditos en el procedimiento o sus créditos quedarán supeditados a los de los demás acreedores.

d) Operaciones nulas y anulables

147. Cuando una operación corresponda a alguna de las categorías mencionadas, el régimen de la insolvencia la anulará automáticamente o la declarará anulable, según el criterio adoptado respecto de cada categoría de operaciones. Por ejemplo, si la norma aplicable se refiere únicamente a las operaciones celebradas durante cierto plazo, sin introducir ningún criterio subjetivo de valoración, cabrá declarar

nula toda operación concertada dentro de dicho plazo. Aun cuando cierta operación sea nula, cabe que el representante de la insolvencia se vea obligado a demandar judicialmente la devolución de cierta cosa o valor que obre en poder de la otra parte.

148. En aquellos regímenes conforme a los cuales la operación sea anulable, el representante de la insolvencia deberá decidir si la masa de la insolvencia sacará algún provecho de que dicha operación sea anulada, para lo que deberá sopesar ciertos elementos de cada categoría de operación anulable, así como la demora que conlleve la recuperación de ese bien o valor, y las eventuales costas procesales. Esa facultad discrecional del representante de la insolvencia estará normalmente limitada por su obligación de maximizar el valor de la masa, y el representante deberá normalmente responder de todo incumplimiento de su obligación.

149. Para el supuesto de que el representante de la insolvencia no adopte ninguna medida para anular ciertas operaciones, el régimen de la insolvencia acostumbra a señalar diversos criterios para presentar demandas de anulación y sobre la manera que deberán financiarse las actuaciones, de no disponer la masa de la insolvencia de fondos suficientes para su seguimiento. Respecto a la tramitación de esas demandas, algunos regímenes permiten que el acreedor o la junta de acreedores adopten medidas para obligar al representante de la insolvencia a presentar una demanda de nulidad cuando pueda ser ventajosa para la masa de la insolvencia o tal vez permita que el propio acreedor o la junta de acreedores presenten esas demandas de nulidad, si los demás acreedores están de acuerdo. De ser autorizada esta intervención de uno sólo o de algunos de los acreedores, suele suceder que el régimen de la insolvencia disponga que los bienes o el valor recuperados por dicho acreedor o acreedores deberán ser tratados como formando parte de la masa; en otros supuestos todo bien o valor que sea recuperado será destinado, en primer lugar, a satisfacer los créditos del acreedor o acreedores que hayan presentado la demanda.

150. Respecto de la manera de financiar estas actuaciones, algunos países ofrecen fondos públicos al representante de la insolvencia para que pueda presentar demandas de anulación. En otros países, esas actuaciones deberán financiarse con fondos de la masa de la insolvencia. Este requisito puede impedir que la masa recupere bienes que fueron enajenados con miras a dejar a la masa con insuficientes recursos para financiar la recuperación de sus bienes a través de demandas de anulación. Algunos regímenes de la insolvencia permiten que el representante de la insolvencia ceda el derecho de acción, por algún contravalor, a un tercero o que se recabe fondos de algún prestamista para presentar la demanda de nulidad. En apoyo de que se recurra a estos mecanismos, cabe señalar que la disponibilidad de recursos públicos para financiar estas actuaciones varía mucho de un país a otro y en supuestos en los que la masa de la insolvencia no disponga de fondos para interponer estas acciones, esas otras posibilidades ofrecerían, en determinados supuestos, medios adecuados para devolver ciertos bienes a la masa de la insolvencia.

e) Cuestiones probatorias

151. Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para sentar las bases para la presentación de una demanda de nulidad. En algunos regímenes se exige que sea el deudor el que demuestre que la operación no corresponde a ninguna de las categorías de operaciones anulables. En otros regímenes, el representante de

la insolvencia o toda otra persona que pueda impugnar la operación, tal como un acreedor, deberá ser el que pruebe que se cumplen todos los requisitos para la presentación de esa demanda de nulidad. Algunos regímenes permiten que se invierta la carga de la deuda si, por ejemplo, le es difícil al representante de la insolvencia demostrar que el deudor actuó con la intención de defraudar a los acreedores, sin recurrir a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas de esa intención fraudulenta. La carga de probar la inocencia del deudor suele trasladarse en esos regímenes a la otra parte en la operación impugnada.

2. Anulación: resumen y recomendaciones

1) Las disposiciones relativas a la anulación tienen por objeto:

a) Definir los supuestos en los que determinadas operaciones previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia en las que haya intervenido el deudor puedan ser consideradas como efectuadas en perjuicio de los acreedores por su índole fraudulenta o por violar el principio de la igualdad de trato que se ha de dar a los acreedores;

b) Facultar al representante de la insolvencia para presentar una demanda de anulación de esas operaciones;

c) Abrir alguna vía para la recuperación de sumas en metálico o de bienes que hayan pasado a manos de otras personas a raíz de una operación que haya sido anulada; y

d) Abrir alguna vía para que las obligaciones del deudor nacidas de operaciones que hayan sido anuladas sean privadas de toda ejecutoriedad.

Variante 1

2) El representante de la insolvencia podrá presentar una demanda judicial de nulidad respecto de:

a) Toda operación por la que se trate de frustrar, demorar u obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores [independientemente del momento en que se efectuó la operación] [si la operación se efectuó dentro del plazo de los [...] años previos a la apertura del procedimiento o con posterioridad a dicha apertura];

b) Toda operación sin contravalor suficiente que se haya efectuado dentro de los [...] [meses] [años] previos a la apertura del procedimiento [, en un momento en el que el deudor fuera insolvente o de haber incurrido el deudor en insolvencia a resultas de esa operación];

c) Toda operación tenida por preferencial celebrada con algún acreedor dentro de los [...] meses previos a la apertura del procedimiento [en un momento en que el deudor fuera ya insolvente o de haber incurrido el deudor en insolvencia a resultas de esa operación];

d) Toda operación sin contravalor adecuado con alguna persona allegada o toda operación de índole preferencial con acreedores, que sea conceptuable como operación “de iniciados”, que se haya celebrado

dentro de los [...] [meses] [años] previos a la apertura del procedimiento [, en un momento en que el deudor fuera ya insolvente o de haber incurrido el deudor en insolvencia a resultas de esa operación].

Variante 2

2) Otro enfoque posible sería disponer que toda operación de índole preferencial o sin contravalor adecuado sea automáticamente anulada en función únicamente de un plazo definido "como de sospecha".

3) Ese plazo, estatuido con arreglo al párrafo 2 de la variante 1, podrá ser prorrogado por el foro competente.

4) Todo régimen de la insolvencia deberá definir los elementos que se han de probar para fundamentar una demanda de nulidad, definiendo asimismo toda excepción que sea eventualmente oponible a dicha demanda.

5) Respecto de una operación fraudulenta, cabrá adoptar uno de dos enfoques:

a) El representante de la insolvencia podrá recurrir a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas para demostrar la intención fraudulenta del deudor;

b) La otra parte en la operación impugnada deberá probar la motivación inocente del deudor.

6) El régimen de la insolvencia podrá estatuir diversos criterios para subsanar la inactividad del representante de la insolvencia que no presente una demanda de nulidad. Cabría permitir que cada uno de los acreedores o la junta de acreedores presente esa demanda o [otras posibilidades].

7) Toda operación efectuada tras la apertura del procedimiento será nula, salvo que haya sido autorizada por el representante de la insolvencia o por el tribunal, y todo bien o valor transferido a resultas de esa operación será recuperable.

IV. Administración del procedimiento

A. Derechos y obligaciones del deudor

1. Observaciones generales

a) Control de la gestión de la empresa deudora

i) Liquidación

152. Una vez iniciado el procedimiento de liquidación, la conservación de la masa o patrimonio del deudor requerirá la introducción de un juego muy completo de medidas para proteger a la masa no sólo contra las acciones de los acreedores (véanse los párrafos 54 a 82 *supra*), sino también del propio deudor, o del personal

gerente y de los propietarios de la empresa[2]. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia privan al deudor de todo derecho a administrar o explotar el negocio y designan a un representante de la insolvencia para que asuma todas las responsabilidades y funciones de las que se haya privado el deudor. Cabe citar al respecto el derecho a presentar y defender acciones judiciales en nombre de la masa y el derecho a cobrar todo pago destinado al deudor. Tras la apertura de un procedimiento de liquidación, todo acto del deudor que sea en detrimento de la masa será normalmente nulo.

153. En supuestos en los que se determine que el medio más eficaz para liquidar la masa es vender la empresa como negocio en marcha, algunos regímenes disponen que el representante de la insolvencia deberá ejercer cierta medida de control y supervisión sobre el negocio en su conjunto, pero dejando margen para que el deudor pueda optimizar el valor del patrimonio y vender algunos de sus bienes, para lo que conviene que el deudor siga ejerciendo sus funciones de gestión y asesoramiento. Aboga en favor de este enfoque la conveniencia de aprovechar el conocimiento que el deudor tenga de su empresa, así como del mercado y del negocio a que se dedique, así como también de su propia relación con sus acreedores. Con arreglo a este enfoque, toda transferencia de bienes efectuada por el deudor tras la apertura del procedimiento, que no haya ido autorizada por el representante de la insolvencia o por el tribunal, será nula y los bienes que se hayan transferido podrán ser recuperados (ver sección III.D, Acciones de nulidad, *supra*). El representante de la insolvencia tal vez sea responsable de todo acto indebido del deudor durante el período en el que el representante haya de controlar el negocio del deudor.

ii) Reorganización

154. En supuestos de reorganización, no existe ningún criterio universalmente aplicable sobre si se debe privar al deudor del control de la empresa o sobre la función que convendría asignarle. En muchos casos, el deudor tendrá un conocimiento directo y profundo de su empresa y del negocio al que se dedique su empresa. Este conocimiento puede ser particularmente importante en negocios individuales o en sociedades colectivas formadas por dos o tres socios, ya que ese conocimiento servirá de base para dar continuidad al negocio y poder adoptar decisiones de gestión a breve plazo. Puede también ayudar al representante de la insolvencia a asumir sus funciones con un conocimiento más cabal y directo del negocio del deudor. Por razones similares, el deudor suele estar en excelentes condiciones para proponer un plan de reorganización a los acreedores o al tribunal. De ser éste el caso, tal vez no proceda desplazar al deudor, aun cuando haya tenido cierta parte en las dificultades financieras del negocio, pues ese desplazamiento restaría incentivos a la actividad empresarial del deudor y le haría más reacio a adoptar riesgos tal vez convenientes, disuadiéndole además de abrir prontamente un

[2] Dado que el régimen de la insolvencia se referirá a negocios explotados por diversos tipos de entidades, ya sea por comerciantes individuales, por sociedades colectivas o por alguna modalidad de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, el mantenimiento en funciones del deudor suele suscitar cuestiones como la de la función que pueda o deba asignarse al personal gerente o a los propietarios de la empresa deudora, en las circunstancias del caso. La Guía se refiere, para mayor sencillez, únicamente al “deudor” en supuestos en los que hubiera sido más procedente hablar del personal directivo o de los propietarios de la empresa deudora.

procedimiento de reorganización, cuando ese procedimiento sea ya oportuno, lo que restaría probabilidades de éxito a la reorganización.

155. Esa conveniencia de que el deudor siga desempeñando ciertas funciones ha de ser sopesada a la luz de algunas posibles desventajas. Los acreedores tal vez hayan perdido confianza en el deudor a raíz de sus dificultades financieras (y de la función que haya desempeñado el personal de gestión en esas dificultades), por lo que se habrá de restaurar esa confianza para que la reorganización pueda dar resultado. Permitir que el deudor siga dirigiendo el negocio sin someterle a medidas de control adecuadas no sólo agravará esa ruptura de la confianza sino que tal vez antagonice aún más a los acreedores. Si el régimen impuesto es percibido como excesivamente favorable al deudor, los acreedores perderán confianza e interés en el procedimiento, lo que puede llevar a que se desentiendan de su función supervisora de la gestión de la empresa deudora, en supuestos en los que la ley les haya encomendado esa función. La permanencia del deudor en sus funciones puede, por ello, suscitar actitudes conflictivas en el procedimiento, que ocasionarían mayores demoras y costas procesales. El plan de gestión del deudor pudiera ser contrario a los objetivos del régimen de la insolvencia, desconociendo en particular el objetivo de regularizar en lo posible el pago de los acreedores. El éxito de la reorganización tal vez reclame algún cambio de gestión que la dirección actual de la empresa no esté dispuesta a efectuar y requiera una mayor pericia profesional que permita aprovechar el régimen de la insolvencia para sacar a la empresa de sus dificultades financieras. Como factor conexo que habrá de considerarse cabe citar el hecho de que la apertura del procedimiento haya sido voluntaria o involuntaria (pues éste último supuesto sería indicio de cierta hostilidad entre el deudor y sus acreedores).

156. Esas consideraciones conflictivas suelen ser compaginadas de diverso modo por el régimen de la insolvencia. Una solución consiste en atenerse al régimen propio de la liquidación, por el que se priva al deudor de todo control sobre el negocio y se le sustituye por un representante de la insolvencia. Ahora bien, esa eliminación total de deudor pudiera perturbar la gestión del negocio y la marcha de la empresa en un momento crítico para su supervivencia.

157. Otra solución consistiría en establecer un régimen de gestión compartida entre el deudor y el representante de la insolvencia, por el que este último se encargará de supervisar las actividades del deudor, que deberá, a su vez, recabar la aprobación del representante para toda operación importante, mientras que el deudor dirigirá por sí solo la marcha diaria del negocio. Este arreglo de gestión compartida se vería reforzado si se establece un régimen relativamente estricto que delimite claramente las responsabilidades del representante de la insolvencia y del deudor y dé certeza al curso del proceso de reorganización. Cabría reforzarlo también con medidas que permitan una supervisión adecuada por los acreedores de la buena marcha del dispositivo de gestión compartida. Si así se hace, tal vez convenga prever ciertas medidas que impidan que los acreedores o la junta de acreedores abusen de sus poderes de supervisión para perturbar o ejercer una presión indebida sobre el curso de la reorganización. Tal vez se consiga este propósito exigiendo, por ejemplo, un cierto quórum o mayoría cualificada de los acreedores para toda medida por la que éstos traten de intervenir en la marcha del arreglo de gestión compartida.

158. Para el supuesto de que en el curso de un arreglo de gestión compartida surjan indicios de mala gestión o de apropiación indebida de bienes por parte del deudor o indicios de que la reorganización ha dejado de ser una meta realista,

convendría prever la posibilidad de que el foro competente deponga al deudor, obrando a instancia propia o a instancia del representante de la insolvencia, o tal vez incluso de los acreedores o de la junta de acreedores.

159. Una tercera modalidad es la de permitir que el deudor retenga el control pleno de la explotación de la empresa sin que, por lo tanto, el tribunal designe un representante independiente al iniciarse el procedimiento (método denominado del "deudor en posesión"). Este método tiene la ventaja de mejorar las probabilidades de éxito de la reorganización en todo supuesto en el que se pueda uno fiar de que el deudor llevará el negocio con honestidad, y obtenga así la confianza y la colaboración de los acreedores. Sería, no obstante, desventajoso recurrir a este método cuando sea sumamente improbable que la reorganización sea viable, sirviendo únicamente para demorar lo inevitable con el resultado de que se seguirá dispersando y malgastando los bienes, y con el riesgo adicional de que el personal de gestión actúe irresponsable o incluso fraudulentamente durante el período en el que conserve el control de la empresa, comprometiendo así aún más el éxito de reorganización y defraudando la confianza depositada en el deudor por los acreedores. Cabría mitigar esas dificultades adoptando ciertas precauciones como la de nombrar un representante de la insolvencia que supervise la gestión del deudor o previendo alguna vía por la que el tribunal (ya sea a instancia propia o a instancia de los acreedores) pueda sustituir al deudor por un representante de la insolvencia o pueda transformar la reorganización en un procedimiento de liquidación; cabría también dotar a los acreedores de facultades de supervisión adecuadas sobre la empresa deudora. No obstante, la complejidad de todo este procedimiento aconseja someterlo a cuidadoso estudio antes de adoptarlo, no sólo por depender su éxito de una cierta capacidad institucional del deudor para observar con todo rigor un régimen de buena gestión, sino por depender también su éxito de otros aspectos estructurales del régimen de insolvencia aplicable.

160. A fin de que el deudor pueda observar las obligaciones que le sean impuestas en el marco del procedimiento, ciertos ordenamientos permiten que el deudor contrate a profesionales como contables, abogados, tasadores y toda otra tarea de peritaje que sea necesaria, a reserva de que se le autorice a hacerlo. En algunos ordenamientos, esa autorización le será dada por el representante de la insolvencia, mientras que en otros deberá obtenerla del tribunal o de los acreedores.

161. Cuestiones a resolver:

> [*A/CN.9/504, párr. 94: Tras deliberar al respecto el Grupo de Trabajo convino en que sería aconsejable hacer una distinción entre el período que transcurra entre la apertura de la insolvencia y la aprobación del plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a la aprobación de ese plan, por otra. Se opinó que si bien durante el primer período sería adecuado que la ley definiera el régimen que se había de observar y previera la intervención de un representante independiente, cabría adoptar un marco más flexible, que diera mayor autonomía a las partes, respecto del período ulterior a la aprobación del plan y a lo largo de toda la aplicación de dicho plan, con miras a dar la mayor oportunidad posible al éxito de la reorganización.*]

b) Suministro de información

162. Será preciso obtener información respecto del deudor, de sus bienes y obligaciones o deudas, de su situación financiera y de sus negocios en general, con miras a poder efectuar una evaluación independiente y exhaustiva de sus actividades comerciales, particularmente en lo relativo a sus necesidades inmediatas de fondos y de la conveniencia de que se le otorgue financiación tras la apertura del procedimiento, así como sobre las perspectivas de supervivencia a largo plazo del negocio y sobre la competencia del personal de gestión para seguir al frente de la empresa. Para que esa evaluación sea posible, en uno u otro tipo de procedimiento, pero particularmente en un procedimiento de reorganización, será conveniente que el deudor esté obligado a dar a conocer, con continuidad o sin lagunas, los pormenores del negocio y de la situación financiera de la empresa a lo largo de un prolongado período, que se extienda más allá de las primeras etapas del procedimiento. Cabe prever que se faciliten también proyecciones de ganancias y pérdidas; estados de tesorería; datos de comercialización; tendencias del sector; así como toda información relacionada con las causas de las dificultades financieras del deudor, revelándose además la existencia de toda operación financiera que sea susceptible de ser anulada con arreglo al régimen de la insolvencia. Aun cuando tal vez no sea necesario que una ley de la insolvencia enumere exhaustivamente la información que ha de darse, el facilitar una lista podría servir de orientación sobre el tipo de información que se deberá dar. A ese respecto, en algunos regímenes se han preparado formularios normalizados en los que se indican los datos que habrán de darse. Esos formularios han de ser llenados por el deudor (previéndose ciertas sanciones para toda información falsa o que pudiera inducir a error) o por un administrador o persona independiente.

163. A fin de que la información facilitada pueda servir para todas estas finalidades, hará falta que esté actualizada y que sea completa, exacta y fiable, y sería conveniente exigir que la información sea facilitada lo antes posible tras la apertura del procedimiento. Si el deudor cumple como es debido con esta obligación estará restaurando la confianza de los acreedores en su capacidad para seguir dirigiendo el negocio.

164. Si el deudor no es una persona física, la información podrá ser facilitada al representante de la insolvencia por los directivos o miembros del personal gerente de la empresa deudora. Otra posibilidad sería la de exigir que el propio deudor (si se trata de una persona física) o uno o más miembros del Consejo o Junta Directiva de la empresa deudora asistan o se hagan representar en una junta general de acreedores para responder a las preguntas salvo que ello no sea físicamente posible por celebrarse la junta de acreedores en algún lugar distinto de donde estén ubicados los órganos rectores de la empresa deudora.

165. A menudo la información requerida será comercialmente dedicada (tal vez secretos comerciales) por lo que es deseable que el régimen de la insolvencia haya previsto alguna medida de amparo de su índole confidencial a fin de evitar todo abuso de la misma por los acreedores o algún tercero.

166. Para el supuesto de que se mantenga oculta parte de la información requerida será necesario disponer de algún mecanismo por el que se pueda obligar al deudor a facilitar la información pertinente por medio de alguna “investigación oficial” de la empresa deudora ordenada por el tribunal, tal vez a instancia del representante de la

insolvencia. El régimen de algunos países prevé la imposición de sanciones penales para los supuestos más graves de ocultación de datos que la empresa deudora esté obligada a facilitar.

167. Además de imponer una obligación explícita de revelar ciertos datos, el régimen de la insolvencia podrá imponer al deudor una obligación más genérica de cooperar con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de algunos de sus cometidos.

c) Derecho a ser oído

168. Como medida de amparo de lo que en algunos países se denominan los derechos fundamentales del deudor y a fin de asegurar que el deudor sea tratado con equidad e imparcialidad y de alentarle a colaborar confiadamente en el procedimiento de insolvencia, sería conveniente que se ampare su derecho a ser oído en el curso del procedimiento de insolvencia y a participar de algún modo en las decisiones que formen parte de dicho procedimiento. Ese deber está amparado en convenios internacionales y regionales como puede verse en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa.

169. De preverse que el ejercicio de ese derecho dé lugar a formalidades y gastos que obstaculicen el curso del procedimiento sin reportar beneficio alguno directo al deudor, cabrá limitar ese derecho a aquellos supuestos en los que el deudor desee actuar en defensa de su situación financiera o de algún derecho personal. Puede suceder, por ejemplo, que un deudor, que no se encuentre en el territorio del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento, no responda a ninguna citación que se le haga para comparecer ante el tribunal o ponerse en contacto con el representante de la insolvencia, lo que haría que su derecho a ser oído, caso de ser absoluto, pueda llegar a ser un grave obstáculo para el curso normal del procedimiento. Por ello, si bien es deseable que se haga todo lo que sea razonable por dar al deudor la oportunidad de ser oído, el régimen de la insolvencia deberá impedir que el ejercicio de ese derecho se transforme en un abuso que obstaculice gravemente el curso del procedimiento.

d) Responsabilidad del deudor

170. Mientras que una empresa sea solvente, su personal de gestión deberá responder ante los propietarios de la empresa y sus relaciones con los acreedores se regirán únicamente por los términos de sus respectivos contratos. Al pasar una empresa a ser insolvente, el eje de la responsabilidad se desplaza hacia los acreedores, que pasarán a ser los verdaderos titulares financieros de la empresa, ya que son ellos los que habrán de soportar el riesgo de toda pérdida adicional en la que incurra la empresa deudora de seguir comerciando. La conducta y la diligencia de los propietarios y del personal de gestión de una empresa es un asunto que depende primordialmente de normas de derecho y de conducta profesional al margen del régimen de la insolvencia. No es aconsejable que el régimen de la insolvencia sea utilizado para remediar las deficiencias de las normas de conducta profesional o de reglamentación legal de la gestión empresarial. Aun cuando el

régimen de la insolvencia imponga en ocasiones la obligación de demandar la apertura de un procedimiento de insolvencia en una etapa temprana de la crisis financiera de la empresa (ver sección II.B, Criterios para la demanda y declaración de apertura de un procedimiento, *supra*). Si los actos o la conducta anterior de las personas vinculadas profesionalmente a la empresa insolvente son causa de pérdida o daño para los acreedores de la empresa (por ejemplo, por razón de fraude o de su comportamiento negligente), tal vez proceda que el régimen de la insolvencia otorgue a los acreedores el derecho a reclamar daños de dichas personas. Para ello se habría tal vez de ampliar el alcance de los poderes de investigación y de examen.

2. Derechos y obligaciones del deudor: resumen y recomendaciones

1) Las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones del deudor tienen por objeto [...].

2) De procederse ya sea a la liquidación ya sea a la reorganización, el deudor tendrá derecho a [ser oído respecto de toda cuestión concerniente al procedimiento] [participar en el proceso decisorio] con tal de que el ejercicio de ese derecho no constituya un abuso del procedimiento que afecte adversamente a la buena marcha del mismo.

3) Las obligaciones del deudor, en un procedimiento de liquidación o en un procedimiento de reorganización, deberán ser claramente definidas por la ley. Cabe citar al respecto:

a) Una obligación general de cooperar con el representante de la insolvencia y de prestarle asistencia en el cumplimiento de sus cometidos;

b) Una obligación de proporcionar al tribunal, al representante de la insolvencia y, cuando proceda a la junta de acreedores, una información actualizada, exacta y fiable de su situación financiera y del estado general de sus negocios.

4) Entre la información que deberá facilitar el deudor cabe citar: [*una declaración del activo y del pasivo de la empresa; así como todo dato pertinente relativo a las causas o razones de la situación financiera del deudor, debiéndose revelar toda operación pasada que sea anulable con arreglo al régimen de la insolvencia y [...]*]. Entre la información adicional de particular importancia para la reorganización cabe citar: [*una proyección de futuras ganancias y pérdidas; un estado de tesorería; información comercial; tendencias generales del ramo o de la industria considerada*]. Esa información deberá ser facilitada lo antes posible tras la apertura del procedimiento.

5) Para el supuesto de que el deudor no facilite la información pertinente, el régimen de la insolvencia deberá haber previsto medidas alternativas para obtener la información requerida. Cabe citar al respecto la posibilidad de que se le imponga al deudor el deber de responder a un interrogatorio sobre el estado de sus bienes y de sus negocios, que correría a cargo del representante de la insolvencia o del tribunal.

6) De ser comercialmente delicada la información que ha de facilitar el deudor, el régimen de la insolvencia deberá amparar el carácter confidencial de esa información.

7) En un procedimiento de liquidación el representante de la insolvencia deberá hacerse cargo de la gestión de la [masa de la insolvencia] [empresa deudora]. Si se determina que la forma más eficiente de liquidar la masa de la insolvencia es vender la empresa como negocio en marcha, el representante de la insolvencia, deberá supervisar el negocio y ejercer un control global sobre la empresa, pero podrá contratar al personal de gestión de la empresa deudora para que le ayude en la gestión del negocio, si ello favorece las probabilidades de éxito del procedimiento.

8) En un supuesto de reorganización, cabrá estructurar la gestión de la [masa de la insolvencia] [empresa] conforme a algún arreglo de gestión compartida concertado entre el deudor y el representante de la insolvencia, por el que se prevea que el representante de la insolvencia asuma la supervisión y el control global de [la masa] [la empresa] y haya de dar su aprobación para toda operación importante, mientras que el deudor se ocupará de la gestión diaria del curso normal del negocio, pero no podrá disponer de los bienes de la masa de la insolvencia ni podrá concertar obligaciones que sean vinculantes para esa masa. El régimen de la insolvencia deberá regular en detalle cómo deberán distribuirse las responsabilidades entre las partes en un arreglo de gestión compartida.

9) Si en el curso de un arreglo de gestión compartida entre el representante de la insolvencia y el deudor, aparecen indicios graves de mala gestión o de apropiación indebida de bienes por parte del deudor o si se observa que la reorganización ha dejado de ser una meta viable, el tribunal podrá privar al deudor de todo poder de gestión, ya sea actuando a instancia propia o a instancia del representante de la insolvencia o de los acreedores o de la junta de acreedores, o podrá transformar el procedimiento en un procedimiento de liquidación.

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

1. Observaciones generales

171. En los regímenes de la insolvencia se dan diversos nombres a la persona encargada de administrar el procedimiento, a saber, administrador, síndico, liquidador, supervisor, curador, administrador oficial o judicial o comisario. En la presente Guía, por “representante de la insolvencia” se entiende un administrador en sentido amplio, sin distinguir entre las diversas funciones que se pueden desempeñar. El representante de la insolvencia puede ser una persona física o, en algunos ordenamientos jurídicos, una sociedad u otra entidad jurídica propia. Independientemente de que sea nombrado por los acreedores, el tribunal, un departamento u organismo público, una autoridad pública o establecida por ley o por el deudor, el representante de la insolvencia desempeña una función preponderante en lo que respecta a la aplicación efectiva del régimen de la insolvencia, habida cuenta de las potestades que ejerce sobre los deudores y sus

bienes y de su obligación de proteger a estos últimos, y su valor y de garantizar que las leyes se apliquen con eficacia e imparcialidad.

172. Dado que es la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor, está en condiciones óptimas para adoptar decisiones con conocimiento de causa acerca del procedimiento de insolvencia. Eso no significa que el representante de la insolvencia haga las veces de tribunal, ya que en general correspondería al tribunal dirimir las disputas que surgieran en el curso del procedimiento, y con frecuencia se requiere la aprobación del tribunal en varias etapas del procedimiento. Incluso en los países en que se restringe el papel del tribunal en los procedimientos de insolvencia, la autoridad que normalmente se confiere al representante de la insolvencia tiene un límite.

a) Funciones del representante de la insolvencia

173. En la legislación pertinente con frecuencia se establecen las facultades y obligaciones del representante de la insolvencia en relación con los deudores y sus bienes. Si bien algunas de esas obligaciones pueden estar más relacionadas con la liquidación que con la reorganización, en general pueden consistir en:

a) Actuar como representante de la masa o el patrimonio de la insolvencia[3];

b) Representar en exclusividad el patrimonio de la insolvencia como demandante y como demandado;

c) Adoptar todas las medidas necesarias para conservar y mantener en buenas condiciones todos los bienes que formen parte del patrimonio de la insolvencia;

d) Registrar los derechos del patrimonio (cuando la inscripción en un registro sea necesaria para que esos derechos prevalezcan sobre los de los compradores que hayan actuado de buena fe);

e) Contratar los contables, abogados, tasadores y demás profesionales que sean necesarios para ayudarlo a cumplir sus obligaciones;

f) Someter a indagaciones al deudor y a toda persona que haya realizado operaciones con él a fin de investigar sus negocios y de determinar la existencia, el paradero, la magnitud y la situación de todo bien que, a su juicio, deba formar parte del patrimonio de la insolvencia;

g) Solicitar al tribunal un mandamiento por el que se ordene a una persona la entrega de un bien que forme parte del patrimonio de la insolvencia, o por el que se impida a una persona disponer de un bien de dicho patrimonio;

h) Examinar y admitir créditos y preparar una declaración sobre los créditos aceptados y los controvertibles;

i) Atender a las solicitudes razonables de información sobre el patrimonio de la insolvencia o sobre su administración, salvo en los casos en que existan restricciones impuestas por el tribunal;

[3] Véase en el glosario, en la definición de “patrimonio de la insolvencia”, y en la sección III.A el sentido que se da en la presente Guía al término “patrimonio”.

j) Presentar al tribunal informes periódicos sobre la tramitación del procedimiento. Los informes deberán contener, por ejemplo, detalles sobre los bienes vendidos durante el período de que se trate, los precios cobrados, los gastos de la venta y toda información que el tribunal pueda solicitar o que la junta de acreedores pueda razonablemente necesitar; recibos y desembolsos, y los bienes restantes que se hayan de administrar.

k) Asistir a las asambleas de acreedores y a las reuniones de la junta de acreedores y presentar informes sobre la administración del patrimonio de la insolvencia. Se puede especificar todo lo que deben contener los informes;

l) Vender los bienes del patrimonio de la insolvencia al mejor precio que pueda obtenerse razonablemente en el mercado;

m) Liquidar el patrimonio sin demora, de manera eficaz y del modo más beneficioso para las diversas partes interesadas en el caso;

n) Presentar al tribunal un informe final y dar cuenta de la administración del patrimonio de la insolvencia.

b) Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

174. En algunos ordenamientos jurídicos el tribunal escoge, nombra y supervisa al representante de la insolvencia. En otros lo elige, a instancias del tribunal, una determinada oficina o instituto que se encarga de reglamentar la situación general de todos los representantes de la insolvencia. Ese criterio se está aplicando cada vez más en los regímenes de la insolvencia y permite a la autoridad independiente encargada de la designación recurrir a profesionales que cuenten con los conocimientos especializados necesarios para atender a las circunstancias de un caso en particular, ya se trate de la índole del negocio o demás actividades del deudor, la clase de bienes, el mercado en que el deudor realiza o ha realizado operaciones, el carácter singular de los asuntos del deudor u otra razón especial. Una tercera posibilidad consiste en permitir que los acreedores intervengan recomendando y eligiendo al representante de la insolvencia, siempre y cuando la persona esté cualificada para ejercer esa función en un caso determinado. Recurrir a una autoridad independiente y a la junta de acreedores puede servir para reforzar la imparcialidad y para hacer menos pesada la tarea de supervisión de los tribunales. La decisión de establecer una autoridad independiente encargada del nombramiento dependerá de la existencia de un órgano apropiado que cuente con la infraestructura y los recursos necesarios para cumplir esas funciones.

i) Patrimonio nulo

175. En los casos en que no quedan bienes con que financiar la administración de la insolvencia, habrá que disponer de algún mecanismo para resolver lo que sucederá con el procedimiento. En algunas legislaciones se dispone la terminación inmediata del procedimiento una vez que el tribunal comprueba que no hay bienes; en otros se dispone que no se adopte medida alguna, y en otros se establecen mecanismos para designar a un representante de la insolvencia.

176. En los países en que existe un mecanismo para nombrar a un representante de la insolvencia, éste puede ser un funcionario público o un experto en la materia, elegido de una nómina con objeto de garantizar la distribución justa y ordenada de todos los casos de insolvencia, haya o no haya bienes. En los casos en que no queden bienes, la administración corre a cargo del Estado. Una posible desventaja del sistema de nóminas, por lo menos en los casos en que se cuenta con suficientes bienes para sufragar la administración, es que quizá no garantice el nombramiento de la persona más cualificada para diligenciar un caso determinado. Eso puede depender, naturalmente, de la manera en que se elabore la nómina y de las condiciones que hayan de reunir los profesionales para ser incluidos en ésta. Esa desventaja tal vez no se considere importante cuando no quedan bienes.

c) Condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia

177. El representante de la insolvencia puede proceder de distintos ambientes profesionales; puede ser, por ejemplo, un empresario, un funcionario de una entidad gubernamental especializada o miembro de una agrupación privada de personas cualificadas. Se plantea la cuestión conexa de si el representante de la insolvencia debe ser una persona física, o si también puede designarse una persona jurídica para ejercer esa función. Independientemente de la manera en que se nombre, dada la complejidad de muchos de los procedimientos de insolvencia, es conveniente que el representante tenga conocimiento de la ley, sea imparcial y disponga de suficiente experiencia en cuestiones comerciales y financieras. Si se requieren otros conocimientos o conocimientos más especializados, siempre se puede recurrir a la contratación de expertos. Además de poseer los conocimientos necesarios, tal vez sea conveniente que el representante de la insolvencia posea ciertas cualidades personales que lo hagan una persona idónea, capaz de desempeñar las diferentes obligaciones fiduciarias que le incumban.

178. Con respecto a las condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia, se adoptan diferentes criterios. Entre los requisitos exigidos en los diversos países figuran el de poseer un título universitario y rendir exámenes, obtener licencia en los casos en que el régimen de concesión de licencias es administrado por una autoridad pública o un colegio profesional, cursos de formación especializada y exámenes de certificación, cierta experiencia (en general se menciona concretamente un número de años) en esferas pertinentes, por ejemplo, las finanzas y el comercio, [*¿otros?*]

179. Al elaborar los procedimientos y establecer los requisitos para el nombramiento conviene tener presente que si se imponen condiciones excesivamente rigurosas que den lugar al nombramiento de una persona altamente calificada, se corre el riesgo de restringir considerablemente el grupo de profesionales considerados idóneos y de aumentar las costas del procedimiento, pero si los requisitos no son muy estrictos no se podrá garantizar la calidad del servicio necesario.

180. En algunos países, los conflictos de intereses derivados de una relación anterior con el deudor, uno de los acreedores, un miembro del tribunal o incluso un competidor del deudor pueden ser motivo suficiente para que una persona quede descartada como representante de la insolvencia. A efectos de fortalecer la transparencia, previsibilidad e integridad del régimen de la insolvencia, el candidato

deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a un conflicto de esa índole o a la falta de independencia.

d) Obligación de diligencia

181. La norma de diligencia a que debe atenerse el representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para dirigir el procedimiento de insolvencia. El representante de la insolvencia actúa como fiduciario en el cumplimiento de sus obligaciones, ya sea como oficial del tribunal en los casos en que es nombrado por éste o de otra forma. Como tal, el representante de la insolvencia puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de esas obligaciones. Para establecer el grado necesario de dedicación, diligencia y aptitud, es preciso adoptar criterios en que se tengan en cuenta las difíciles circunstancias que el representante de la insolvencia debe afrontar al cumplir su mandato.

182. Al respecto se pueden adoptar diversos criterios, si bien todo dependerá de la manera en que se nombre al representante de la insolvencia y de la índole del nombramiento (por ejemplo, si es un funcionario público, cuestión que se abordará más adelante). Se puede exigir al representante de la insolvencia que se rija por un norma que no sea más estricta que aquélla por la que se regiría el deudor en el curso de sus actividades comerciales normales en condiciones de solvencia, es decir, la norma aplicable a una persona prudente en esas condiciones. No obstante, algunos países pueden exigir una norma de prudencia más elevada en ese caso, porque el representante de la insolvencia administra los bienes de otra persona, no los propios. Otro criterio consiste en la expectativa de que el representante de la insolvencia actúe de buena fe y con fines legítimos. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Hay alguna una diferencia realmente, o es una cuestión semántica?*] También se podría utilizar la norma de diligencia aplicable en lo que respecta a la negligencia. Es necesario aplicar una norma que garantice la competencia del representante de la insolvencia en el desempeño de sus funciones sin que sea demasiado estricta como para promover demandas contra aquél y aumentar el costo de sus servicios.

183. Una manera de abordar la cuestión del costo puede ser exigir al representante de la insolvencia que otorgue una caución o se asegure contra el incumplimiento de sus obligaciones. No obstante, esa solución puede no ser viable en todos los países. Para solucionar esa cuestión puede ser conveniente hallar un término medio entre, por una parte el control de los costos del servicio y, por la otra, la distribución de los riesgos del proceso de insolvencia entre los participantes, en lugar de imputarlos totalmente al representante de la insolvencia por el hecho de que éste disponga de un seguro personal de indemnización.

184. Cuando el patrimonio sufre pérdidas de resultas de los actos de los agentes y empleados del representante de la insolvencia, tal vez sea necesario regular la responsabilidad del representante de la insolvencia por esos actos. En algunos ordenamientos éste no es considerado personalmente responsable, salvo si no ejerce la debida supervisión en el cumplimiento de sus obligaciones.

185. En algunos regímenes de la insolvencia se requiere autorización judicial para que el representante pueda disponer de los contables, abogados, peritos y demás profesionales que necesite para cumplir sus obligaciones. En otras legislaciones no se exige autorización judicial. Es conveniente que el régimen de la insolvencia

establezca criterios relativos a la contratación de esos profesionales en función de su experiencia, conocimientos y reputación, así como la necesidad de que sus servicios redunden en beneficio de la masa. En lo que respecta a la remuneración de esos profesionales, algunas legislaciones exigen una solicitud ante el tribunal y la aprobación de éste; otra posibilidad consiste en exigir la aprobación del conjunto de los acreedores. Los profesionales pueden cobrar sus honorarios periódicamente durante el procedimiento o pueden tener que esperar hasta que éste concluya.

e) Sustitución o destitución

186. En caso de fallecimiento, renuncia o destitución del representante de la insolvencia, conviene prever la designación de un sucesor a fin de evitar trastornos en el procedimiento y las demoras que puede ocasionar esa situación. En algunos regímenes de la insolvencia se permite destituir al representante en determinadas circunstancias, por ejemplo, si ha infringido o no ha cumplido las obligaciones jurídicas que le impone el régimen de la insolvencia o si ha demostrado grave incompetencia o negligencia. La destitución puede producirse, según los criterios, por decisión del tribunal adoptada por iniciativa propia o a petición de una parte interesada, o por decisión de una determinada mayoría de acreedores no garantizados. En los casos en que el régimen de la insolvencia prevea la destitución del representante de la insolvencia, tal vez deba abordar también cuestiones relativas a la sustitución y la sucesión de la titularidad o el control, según proceda, de los bienes del patrimonio (véase sección III.A, La masa de la insolvencia).

2. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia: resumen y recomendaciones

1) Las presentes disposiciones tienen por objeto:

a) Definir las funciones de la persona que desempeñará un papel preponderante en la aplicación del régimen de la insolvencia;

b) Establecer un mecanismo para el nombramiento de representantes de la insolvencia, lo que comprende indicar las condiciones que éstos han de reunir;

c) Regular la responsabilidad, la destitución y la sustitución de los profesionales que actúen en el procedimiento de insolvencia;

d) [...].

2) El representante de la insolvencia puede ser nombrado por:

a) El tribunal, como medida provisional, para el período comprendido entre la solicitud de procedimiento y la apertura de éste;

b) [por el tribunal] [por una autoridad independiente] [sobre la base de una recomendación de la junta de acreedores] al abrirse el procedimiento.

3) El representante de la insolvencia deberá reunir determinadas condiciones de aptitud y poseer ciertas cualidades personales. Se podría exigir que fuese una persona idónea, capaz de cumplir las obligaciones

fiduciarias que le incumban, independiente e imparcial, con suficiente conocimiento de la legislación mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y empresariales.

4) Se deberá exigir al candidato que revele toda circunstancia que pueda entrañar un conflicto de intereses o mermar su independencia.

5) La ley deberá regular claramente las obligaciones [funciones] [los derechos y obligaciones] del representante de la insolvencia con respecto a los procedimientos de liquidación y reorganización.

6) El régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de la responsabilidad del representante de la insolvencia por incumplimiento de sus [obligaciones] [funciones].

7) Se deberá regular la sustitución y la destitución del representante de la insolvencia. Éste podrá ser destituido por el tribunal, a solicitud de los acreedores o de la junta de acreedores, o por iniciativa propia, por razones de incompetencia o negligencia, o porque no haya ejercido la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones.

8) En caso de muerte, renuncia o destitución del representante de la insolvencia, se deberá prever la designación de un sucesor. Si se confiere al representante de la insolvencia la titularidad de la masa, la ley debe regular la sucesión [de la titularidad] [del control] de los bienes de ésta.

C. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Observaciones generales

187. El hecho de que la entidad insolvente siga funcionando es fundamental para la reorganización y también es importante si el negocio se ha de vender como empresa en marcha en el procedimiento de liquidación. Para que el negocio pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una corriente de efectivo que le permita sufragar el suministro de bienes y servicios esenciales. Cuando el deudor no dispone de fondos para atender a sus necesidades inmediatas de efectivo, el régimen de la insolvencia puede reconocer la necesidad de solicitar crédito después de la apertura del procedimiento, disponer la autorización correspondiente y determinar la prelación del derecho de quien conceda ese crédito a obtener reembolso. La cuestión fundamental es el alcance de esa facultad, en particular, los incentivos que el representante de la insolvencia puede ofrecer a un posible acreedor a fin de obtener crédito. En la medida en que la solución adoptada afecte a los derechos de los acreedores garantizados anteriores o a aquéllos que tengan un derecho anterior sobre ciertos bienes, es conveniente que al regularse la financiación posterior a la apertura del procedimiento se establezca un término medio entre la necesidad general de mantener los contratos comerciales rentables, la de proteger los derechos de los acreedores y su grado de prelación y la de reducir al mínimo las consecuencias negativas que socaven la posibilidad de obtener créditos, en particular créditos garantizados.

188. Lo más probable es que tras la apertura del procedimiento se disponga de muy pocas fuentes de financiación. Una de ellas pueden ser los prestamistas

anteriores a la insolvencia, que sostienen una relación continua con el deudor y su negocio y pueden anticipar nuevos fondos a fin de tener más probabilidades de recuperar los créditos que ya tenían y tal vez ganar más con las mayores tasas de interés que cobrarán por el nuevo préstamo. Una segunda clase de prestamista será aquél que, sin tener vinculación alguna con el negocio del deudor antes de la insolvencia, actúe motivado únicamente por la posibilidad de obtener más ganancias. El incentivo que tendrán las dos clases de prestamistas es la certeza de que se dará un trato especial al préstamo concedido tras la apertura del procedimiento. Para los prestamistas anteriores a la insolvencia existen otros dos incentivos: la relación continua con el deudor y su negocio y la garantía de que las condiciones del préstamo concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarán.

189. Para obtener crédito después de la apertura del procedimiento y garantizar el reembolso se pueden adoptar diferentes criterios. Se puede otorgar una garantía real sobre bienes no gravados o una garantía real de prelación inferior sobre bienes ya gravados. Si esos incentivos son insuficientes o no se pueden aplicar, en algunos regímenes se dispone la prelación absoluta del reembolso del préstamo frente a los demás acreedores. Eso incluye la prelación de los créditos derivados de la administración de la insolvencia (véase la sección V.A, Prioridades en la distribución, *infra*), que da derecho a cobrar antes que los acreedores no garantizados en general, pero no antes que un acreedor garantizado con respecto a su garantía, o una prelación administrativa privilegiada, es decir, una prelación frente a otros acreedores de la administración de la insolvencia. Otro criterio es conceder a los acreedores posteriores a la apertura del procedimiento prelación sobre todos los acreedores, incluidos los que tengan créditos garantizados (gravamen prioritario). En los países en que se reconoce esa forma de prelación, muy rara vez se otorga sin el consentimiento de los acreedores garantizados que serán desplazados. Por consiguiente, la decisión de solicitar crédito en esos casos no puede estar a cargo únicamente del tribunal, del representante de la insolvencia o de los acreedores no garantizados. En algunos ordenamientos jurídicos existen todas esas opciones.

190. Solicitar crédito comercial no garantizado es esencial en algunos casos para que la empresa pueda seguir funcionando. En muchos regímenes de la insolvencia se autoriza al representante a gestionar ese crédito al descubierto sin la aprobación del tribunal ni de los acreedores, en tanto que en otros se requiere la aprobación del tribunal o de los acreedores en determinadas circunstancias. Con respecto a las diversas formas de prelación, como la prelación de los créditos de administración, en algunos ordenamientos se confiere la facultad de aprobación al representante de la insolvencia, en tanto que en otros se necesita la aprobación del tribunal o de los acreedores para conceder ciertas formas de prelación.

191. Cuestiones que se han de abordar:

> [*A/CN.9/504, párr. 126: [...] Se indicó que era necesario hacer una distinción, en cuanto a la obtención de financiación, entre las diversas etapas del proceso de reorganización, como el período posterior a la solicitud de procedimiento y los períodos anterior y posterior al plan de reorganización, de los cuales únicamente el último se abordaría en el plan. Se preguntó si la cuestión de la financiación posterior a la apertura del*

procedimiento no sería tal vez pertinente también en el caso de la venta de la empresa en el contexto de la liquidación.]

2. Financiación posterior a la apertura del procedimiento: resumen y recomendaciones

1) Las presentes disposiciones tienen por objeto: [...].

2) El régimen de la insolvencia debe reconocer la necesidad de contraer préstamos con posterioridad a la apertura del procedimiento y lo debe autorizar tanto en el procedimiento de liquidación, en que la empresa se ha de vender en marcha, como en el de reorganización.

3) Si el representante de la insolvencia determina que es necesario obtener más crédito para que el deudor o su empresa siga realizando operaciones, el [representante de la insolvencia] [deudor] puede obtener el crédito necesario y dar sus bienes en garantía.

4) Para facilitar la obtención de crédito, el régimen de la insolvencia puede permitir que el representante otorgue prelación a un acreedor posterior a la apertura del procedimiento frente a los acreedores no garantizados (prelación administrativa) o a los gastos administrativos (prelación administrativa privilegiada).

5) Una garantía real sobre los bienes del deudor para la financiación posterior a la apertura del procedimiento no entraña prelación frente a cualquier otra garantía real existente sobre los mismos bienes, salvo que el representante de la insolvencia obtenga el acuerdo por escrito al respecto del titular de la garantía real otorgada anteriormente.

D. Juntas de acreedores

1. Observaciones generales

192. Una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen considerables derechos sobre la empresa. Por lo general, esos derechos se salvaguardan mediante el nombramiento del representante de la insolvencia. No obstante, muchas veces se dispone que los acreedores participen directamente en el procedimiento de diversas formas y por diversas razones. Habida cuenta de que son los más interesados desde el punto de vista económico en los resultados del procedimiento, los acreedores pueden perder la confianza en un proceso en que las principales decisiones sean adoptadas, sin consultarlos, por personas que, al parecer, carecen de experiencia, conocimientos técnicos o independencia suficientes. Además, con frecuencia los acreedores están en condiciones de prestar asesoramiento y asistencia con respecto al negocio del deudor y de vigilar la actuación del representante de la insolvencia y, de esa forma, evitar el fraude, los abusos y gastos excesivos de administración.

193. Cuando los acreedores son numerosos, puede establecerse una junta de acreedores para facilitar su participación en la administración del caso, tanto si se trata de una liquidación como de una reorganización.

a) Participación de los acreedores en el proceso decisorio

194. El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento puede variar. En algunos regímenes el representante de la insolvencia adopta todas las decisiones cruciales sobre cuestiones generales de administración y liquidación que no están en disputa, en tanto que los acreedores desempeñan un papel insignificante y gozan de escasa influencia. Ese criterio puede resultar eficiente si el representante de la insolvencia es una persona experimentada, ya que permite evitar los posibles retrasos y gastos que ocasiona la organización de la participación de los acreedores. Esa modalidad puede ser respaldada por un régimen en que el proceso y sus participantes estén sumamente reglamentados.

195. En otras legislaciones se dispone una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Por ejemplo, en un procedimiento de liquidación los acreedores pueden estar facultados para elegir y sustituir al representante de la insolvencia, aprobar la continuación temporal de la actividad de la empresa a cargo del representante de la insolvencia y aprobar las ventas privadas de bienes y la transformación del procedimiento de liquidación en reorganización. En el procedimiento de reorganización los acreedores pueden realizar tareas como la de controlar las actividades de la empresa (por ejemplo, cuando el régimen permite al deudor ejercer cierto grado de control después de iniciarse el procedimiento) y del representante de la insolvencia y proponer y aprobar el plan de reorganización. También pueden intervenir solicitando o recomendando medidas judiciales, concretamente recomendando al tribunal que la reorganización se transforme en liquidación o que los acreedores entablen una acción de anulación. Los acreedores también pueden controlar la remuneración del representante de la insolvencia.

196. En la liquidación, si bien en general tal vez no sea importante que los acreedores intervengan en el proceso ni en la adopción de decisiones, es conveniente que se les dé la oportunidad de participar, ya que pueden constituir una fuente valiosa de conocimientos especializados y de información sobre la empresa del deudor, particularmente cuando ésta se ha de vender como empresa en marcha. También puede ser conveniente que los acreedores reciban informes sobre la evolución del procedimiento a efectos de promover su confianza en el proceso y su transparencia. En la reorganización el aporte de los acreedores es útil y necesario, ya que en general determinará el éxito del procedimiento.

197. A efectos de tener en cuenta la índole y la magnitud del caso, tal vez sea conveniente aplicar un criterio flexible a la hora de determinar las funciones que ha de desempeñar la junta, en lugar de establecer funciones concretas en cada caso. En general la junta puede desempeñar una función de asesoramiento en el procedimiento de insolvencia. Además, puede tener funciones definidas con respecto al desarrollo del plan de reorganización y, en la liquidación, con respecto a la venta de bienes importantes, y puede participar a solicitud del representante de la insolvencia o del tribunal.

198. Una cuestión importante que tal vez haya que considerar si se permite intervenir a los acreedores activamente en el proceso es cómo superar la apatía de éstos para que se decidan a participar. Esta cuestión se puede abordar teniendo en cuenta los intereses de todas las partes (véanse, por ejemplo, las consideraciones expresadas en la sección IV.A, Derechos y obligaciones del deudor, párrs. 152

a 160) y con medidas concretas en relación, por ejemplo, con la elección de los miembros de la junta de acreedores (véanse los párrafos 199 a 206 *infra*).

b) Composición de las juntas de acreedores

199. La composición de las juntas de acreedores se regula de diversos modos. Si bien la junta por lo general representa sólo a los acreedores con créditos no garantizados, en algunos regímenes se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear, además, una junta de acreedores garantizados. Ese criterio se basa en el hecho de que los intereses de los distintos tipos de acreedores no siempre coinciden y es posible que, con su participación en la junta y su posible influencia en las decisiones de ésta, los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores.

200. En otros casos se dispone que las dos clases de acreedores estén representadas en la misma junta. En esos regímenes se considera que, como la junta de acreedores participa en el proceso decisorio y adopta decisiones importantes, no se puede excluir a los acreedores garantizados de la adopción de decisiones importantes que pueden afectar a sus intereses. Otro criterio puede ser no especificar qué acreedores deben estar representados en determinado caso, sino permitir a los acreedores que elijan a sus propios representantes entre los acreedores que estén dispuestos a actuar (para abordar el problema de la apatía de los acreedores, que es bastante frecuente) y prever la ampliación o la reducción de la junta en caso necesario. Cuando hubiera distintas clases de acreedores y la representación fuera demasiado diversa como para conjugar los intereses de todos en una sola junta, como puede ser el caso de los grupos que representan intereses especiales, como los acreedores extracontractuales y los accionistas, se puede disponer que se constituyan diversas juntas que representen diversos intereses. No obstante, es conveniente que ese mecanismo se utilice únicamente en casos especiales a efectos de evitar gastos y la posibilidad de que el mecanismo de representación de los acreedores se vuelva incontrolable.

201. La participación de los accionistas o dueños de la empresa y de los acreedores relacionados con el deudor es una cuestión controvertida, especialmente cuando la junta tenga poder de decisión sobre los derechos de los acreedores garantizados o cuando los accionistas o propietarios tengan vínculos con la dirección de la empresa del deudor. No obstante, habrá casos en que los accionistas no conozcan a la dirección de la empresa ni tengan vínculos directos con ésta, como cuando los accionistas son inversionistas sin relación ni acceso directos a la dirección de la empresa. En esos casos puede haber razones imperiosas para permitir que los accionistas participen por conducto de su propia junta.

202. Puede surgir un problema análogo en relación con las partes que adquieren los créditos de los acreedores. Esos compradores pueden estar relacionados con el deudor o pueden ser terceros que no tienen derechos especiales sobre la empresa del deudor. Esas compras hechas por terceros pueden dar lugar a problemas relativos al acceso a información confidencial delicada que puede tener valor en el mercado secundario de deudas, en tanto que las compras basadas en información confidencial plantean la interrogante de si el comprador tiene derecho a reclamar el valor nominal original del crédito o sólo la cuantía que pagó efectivamente por él.

203. Para abordar cualquier problema que se pueda presentar se podría establecer cuáles son las partes que no tienen derecho a participar en una junta de acreedores ni aprobar un plan de reorganización.

c) Formación de la junta de acreedores

204. Cuando la ley prevé la formación de juntas de acreedores, a menudo regula también los detalles sobre la forma en que éstas deben constituirse, el alcance y la magnitud de sus obligaciones, sus reglamentaciones y su funcionamiento, concretamente los criterios para poder votar y los poderes correspondientes, el quórum y la dirección de los debates y el relevo y la sustitución de sus miembros. Puede ser conveniente incluir esas disposiciones en el régimen de la insolvencia no sólo para evitar controversias y garantizar la confidencialidad, sino también para establecer procedimientos transparentes y previsibles.

205. Con objeto de facilitar la administración y supervisión de la junta, algunas legislaciones sobre la insolvencia regulan el número de miembros que debe tener, que generalmente es un número impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones. Cuando la junta representa únicamente a acreedores con créditos no garantizados, algunas veces sólo pueden ser miembros los mayores acreedores no garantizados. Éstos pueden determinarse de diversos modos, por ejemplo, solicitando a los directores de la empresa del deudor que preparen una lista de los mayores acreedores. A fin de garantizar la igualdad de trato de los acreedores, tal vez sea conveniente que puedan formar parte de la junta los acreedores cuyos créditos aún no hayan sido aprobados y los acreedores extranjeros.

206. Los miembros de la junta pueden elegirse de diversos modos. Uno de ellos consiste en que los nombre el representante de la insolvencia, el tribunal o algún otro órgano autorizado. Se puede considerar que ese criterio carece de imparcialidad, de equidad y de transparencia. Los acreedores tal vez no tengan confianza en un régimen que no promueve su participación ni les permite elegir a sus propios representantes y que no sirve para superar el problema generalizado de la apatía de los acreedores. Un criterio que puede servir para promover la confianza y la participación de los acreedores en el proceso es permitirles elegir los miembros de la junta.

207. Puede ser necesario supervisar la labor de la junta para cerciorarse de que cumple su función de representar equitativamente a los acreedores; esa tarea de supervisión puede encomendarse al representante de la insolvencia.

d) Obligaciones de la junta de acreedores

208. La junta puede desempeñar una serie de funciones, como la de vigilar la evolución del caso, consultar con otros participantes en el procedimiento -especialmente el representante de la insolvencia y los directores de la empresa del deudor- y asesorar al representante de la insolvencia acerca de las aspiraciones del conjunto de acreedores respecto de cuestiones como la venta de bienes importantes y la formulación del plan de reorganización. Para desempeñar sus funciones, la junta puede necesitar asistencia administrativa y pericial. Esa cuestión se puede abordar disponiendo que la junta pida autorización al representante de la insolvencia para

contratar un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales, con cargo al patrimonio de la insolvencia.

209. La junta actuaría en beneficio del conjunto de acreedores en general, pero no tendría ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria con los dueños de la empresa insolvente. Tal vez sea conveniente exigir que la junta actúe de buena fe y disponer que sus miembros estén exentos de responsabilidad con respecto a los actos que realicen y a las decisiones que adopten como tales, a menos que se demuestre que han actuado indebidamente o que no han cumplido una de sus obligaciones fiduciarias con los acreedores que representan. Al considerar la cuestión de la responsabilidad de la junta, tal vez haya que establecer un término medio entre, por una parte, un grado excesivo de responsabilidad que promueva la apatía de los acreedores y los disuada de participar y, por la otra, un grado insuficiente que pueda dar lugar a abusos y a impedir que la junta funcione con eficiencia como órgano representativo.

e) Votación de los acreedores

210. Cuando las medidas que se hayan de adoptar durante el procedimiento puedan tener una gran trascendencia para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos (no sólo la junta) tengan derecho a recibir notificación de esas medidas y a votar al respecto. Las medidas pueden comprender la elección del representante de la insolvencia en los casos en que la ley dispone que los acreedores tengan esa función, la aprobación del plan de reorganización y otros actos importantes como la venta de bienes valiosos. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la índole de la cuestión sometida a votación. En algunas legislaciones se dispone que se vote en persona en una asamblea de acreedores, en tanto que en otras se dispone que cuando haya un gran número de acreedores o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por poder. También puede ser conveniente reconocer la posibilidad de votar por medios electrónicos.

211. En las legislaciones se regulan de diversos modos los tipos de votaciones necesarias para vincular a los acreedores a las diferentes decisiones. En cuanto a los sistemas de votación, en algunos regímenes se requiere el voto de una supermayoría del valor de los créditos de los acreedores votantes para que la votación sea vinculante para todos los acreedores [*¿con respecto a qué tipos de decisiones?*] y la proporción necesaria para lograr una supermayoría puede ser de tres cuartos o de dos tercios. Otro criterio es exigir la mayoría del número de acreedores votantes, conjuntamente con una supermayoría del valor.

212. En otros casos se distingue entre diversos tipos de decisiones. Algunas veces se exige contar con una mayoría basada en el valor de los créditos para casi todas las decisiones y una mayoría basada en el valor y el número para decisiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia o la contratación de determinados profesionales por parte de éste. En otros países se dispone que es suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes también se distingue entre cuestiones que requieren el apoyo de los acreedores garantizados y no garantizados: los acreedores garantizados sólo pueden votar cuando se trata de cuestiones

concretas como la elección del representante de la insolvencia y cuestiones que afecten a su garantía.

2. Juntas de acreedores: resumen y recomendaciones

1) Las presentes disposiciones tienen por objeto: […].

2) Cuando el deudor tiene un gran número de acreedores puede establecerse una junta de acreedores para facilitar el procedimiento de insolvencia. La junta representará generalmente a los acreedores con créditos [no garantizados] [y garantizados]. Cuando los intereses de los acreedores no puedan estar debidamente representados en una sola junta, se podrá nombrar más de una.

3) Tanto si se trata de una liquidación como de una reorganización, la junta de acreedores desempeñará una función general consultiva prestando asistencia al representante de la insolvencia y asesorándolo en cuestiones especializadas. Además de su función consultiva general, la junta debe desempeñar un papel central en determinados aspectos, como la elaboración del plan de reorganización, la venta de bienes importantes y demás cuestiones que le encomiende el representante de la insolvencia o el tribunal.

4) Para desempeñar las funciones indicadas en 2), la junta de acreedores podrá asesorarse, previa aprobación del representante de la insolvencia, con especialistas cuyos honorarios se pagarán con cargo a los bienes del patrimonio de la insolvencia.

5) Habida cuenta del carácter representativo de la junta, sus miembros deben ser elegidos por los propios acreedores sobre la base de su voluntad de participar. El régimen de la insolvencia puede establecer el número máximo, preferiblemente impar, de acreedores con créditos no garantizados [y garantizados] [con la flexibilidad necesaria para aumentar o disminuir el número de miembros, según las características del procedimiento de que se trate]. [Un mecanismo para elegir a los miembros de la junta sería que los representantes fuesen elegidos por la mayoría de los acreedores presentes en una asamblea de acreedores, en una votación basada en criterios como el valor de los créditos y el número de acreedores.]

6) Los miembros de la junta tendrán la obligación de actuar de buena fe. No serán responsables de las medidas que adopten como tales, a menos que se demuestre, por ejemplo, que han actuado en forma fraudulenta o que no han cumplido su obligación fiduciaria con los acreedores. La junta de acreedores no tendrá obligaciones fiduciarias con los accionistas ni con los propietarios de la empresa del deudor.

7) Al adoptar decisiones sobre cualquier cuestión, cada uno de los miembros de la junta tendrá un voto y las decisiones se adoptarán por mayoría.

8) Se requerirá el voto del conjunto de los acreedores en general con respecto a [...].

E. Créditos y demandas de los acreedores y su tratamiento

1. Observaciones generales

213. En un procedimiento de insolvencia existen muchos intereses diversos en pugna. En la mayor parte de los casos, los acreedores lo son en virtud de haber entablado una relación jurídica y contractual con el deudor con anterioridad a la insolvencia. No obstante, existen acreedores que no han entablado esa relación con el deudor, como las autoridades fiscales (que intervendrán a menudo en los procedimientos de insolvencia) y los demandantes por responsabilidad extracontractual (cuya participación será, por lo general, menos habitual).

214. Los derechos de esos acreedores se regirán por una serie de leyes distintas. Si bien muchos acreedores tal vez estén en una situación parecida respecto de los tipos de demandas que mantienen sobre la base de derechos jurídicos o contractuales similares, puede que otros tengan demandas superiores o mantengan derechos superiores. Incluso en la misma clase de acreedores, existirán derechos en pugna como los de los acreedores con garantía que tengan mejor garantía que otros. Por esos motivos, las leyes de insolvencia suelen clasificar a los acreedores por remisión a sus demandas, enfoque este que no resulta incompatible con el objetivo de un tratamiento equitativo. Al formular estas categorías, conviene que se logre un equilibrio entre los derechos jurídicos y comerciales de los acreedores basado en la equidad y el carácter comercial razonable de sus posiciones relativas, observando al mismo tiempo el objetivo de la igualdad de tratamiento, salvaguardando las expectativas comerciales legítimas y fomentando la previsibilidad en las relaciones comerciales. Ahora bien, existe un límite de la medida en que pueden alcanzarse esas metas, habida cuenta del equilibrio que resulta deseable en una ley de insolvencia entre esos objetivos en pugna y otras consideraciones de orden público. En la medida en que esos intereses de orden público más amplios pugnan con intereses privados, pueden derivar hacia una distorsión de los incentivos comerciales normales. Cuando se da prioridad a esos intereses públicos, y no se observa la igualdad de tratamiento basada en la clasificación de las demandas, convendría que las razones normativas para establecer esa prioridad se abordaran claramente en la ley de insolvencia. A falta de la igualdad de tratamiento, este enfoque brindará por lo menos un elemento de transparencia y previsibilidad en la esfera de las demandas y la distribución.

215. En los procedimientos de insolvencia, las demandas presentadas por los acreedores cumplen dos funciones ya que, en base a ellas, se determina qué acreedores podrán votar y cómo podrán hacerlo (según la clase de acreedores a la que pertenezcan) y se procede a la distribución. Las legislaciones permiten presentar demandas para el cobro de distintos tipos de créditos. En algunas legislaciones no se admiten, por motivos de orden público, ciertas demandas como las relativas a créditos fiscales extranjeros, créditos derivados de sentencias obtenidas mediante fraude, multas y sanciones, y deudas de juego (véanse los párrafos 246 a 249 *infra* sobre los créditos que se excluyen). A los efectos de determinar la prelación en la distribución del producto del patrimonio en caso de liquidación, se hace por lo general referencia a las categorías en que se han dividido los acreedores. Además de basarse en esas categorías derivadas de las relaciones comerciales y jurídicas entre el deudor y sus acreedores, los criterios de distribución reflejan también con frecuencia opciones que reconocen importantes intereses públicos.

a) Acreedores

216. Los acreedores de un deudor insolvente se agrupan generalmente en las categorías de acreedores garantizados, acreedores con prelación o con créditos preferentes, y acreedores no garantizados u ordinario. En algunos regímenes, se toman en cuenta los empleados como grupo separado de interesados.

i) Acreedores garantizados

217. La mayoría de los regímenes de la insolvencia establecen una distinción entre créditos garantizados y no garantizados, dependiendo de la manera en que se hagan valer los derechos de garantía en el procedimiento, particularmente por lo que se refiere a la aplicación de la suspensión. Cuando en la ley de insolvencia se establezca que un acreedor garantizado debe separarse de su garantía, ese acreedor ya no podrá presentar una demanda a menos que haya entregado su garantía o que ésta no cubra totalmente el importe del crédito (es decir, cuando el valor del crédito sea superior al de la garantía material) y el acreedor desee reclamar la parte no garantizada. Cuando la garantía se mantenga para la venta del negocio como empresa que continúa funcionando o en el caso de una reorganización, el acreedor garantizado podrá presentar su demanda. Las demandas de los acreedores garantizados podrán admitirse con carácter provisional cuando existan dificultades para efectuar una evaluación precisa del valor de la garantía en el momento de la apertura del procedimiento (véase el párrafo 240 *infra* sobre las demandas provisionales).

218. Muchos regímenes reconocen los derechos de los acreedores garantizados a gozar de máxima prelación para el pago de las sumas que se les adeudan con cargo a su garantía o al producto de ésta. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento. Si el derecho de garantía se protege preservando el valor de la garantía, el acreedor garantizado dispondrá generalmente de un derecho de prelación sobre el producto de su garantía por un valor equivalente al del crédito garantizado. En cambio, si los derechos de garantía del acreedor garantizado se protegen fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de la apertura del procedimiento, el acreedor tendrá por lo general un derecho de prelación sobre el producto general respecto a ese valor.

219. En otros regímenes de la insolvencia se prevé que sobre los derechos de los acreedores garantizados prevalezcan otros derechos como los relativos a reclamaciones por salarios pendientes de pago, créditos fiscales, demandas ambientales y demandas por lesiones personales [*¿otros casos?*]. No obstante, es conveniente que se limiten estos tipos de excepciones a la regla de la máxima prelación a fin de proporcionar seguridad con respecto a la recuperación del crédito garantizado, fomentando así la concesión de créditos garantizados y reduciendo los gastos conexos. Una excepción de otro tipo a la prelación de los acreedores garantizados puede derivarse de los costos relacionados con el procedimiento de insolvencia. Dado que el crédito garantizado se reembolsará directamente con el producto neto de la liquidación del bien pertinente, el acreedor garantizado, a diferencia de los acreedores no garantizados, no contribuirá a los gastos generales del procedimiento de insolvencia. No obstante, podrá contribuir a otros gastos

directamente relacionados con ese procedimiento, como los gastos administrativos relativos al mantenimiento de la garantía. Si el representante de la insolvencia ha destinado recursos al mantenimiento del valor de la garantía, tal vez sea razonable deducir esos gastos por concepto de gastos administrativos. Estas excepciones pueden relacionarse también con las prelaciones previstas con respecto a la financiación después de la apertura, donde el efecto, en los derechos de los acreedores garantizados, de cualquier prelación otorgada debería quedar aclarado en el momento en que se obtiene la financiación, particularmente dado que bien puede haber sido aprobada por los acreedores garantizados [*¿otras razones?*].

ii) Créditos derivados de la administración de la insolvencia

220. En los procedimientos de insolvencia se requiere a menudo la asistencia de profesionales y debe contratarse, por ejemplo, al representante de la insolvencia y a asesores del deudor o del representante de la insolvencia. Las actividades de las juntas de acreedores también pueden entrañar gastos, así como la continuación de la actividad empresarial y el propio procedimiento de insolvencia, incluidas muchas o todas las deudas posteriores a la apertura del procedimiento, como las reclamaciones de empleados, los gastos de arrendamiento y créditos similares. Estos gastos de los procedimientos de insolvencia tienen a menudo, al igual que los créditos derivados de todo el proceso administrativo, prioridad sobre los créditos no garantizados, y suelen recibir un trato diferenciado a fin de asegurar que se pague adecuadamente a las partes que intervienen en el procedimiento de insolvencia.

221. No obstante la importancia de proporcionar una remuneración apropiada a los que participan en la dirección del procedimiento de insolvencia, los gastos administrativos pueden tener consecuencias significativas para el valor del patrimonio de la insolvencia. Si bien en cierta medida esas consecuencias dependerán de la estructura del régimen de la insolvencia y su infraestructura de apoyo, puede resultar conveniente examinar la manera de minimizar esos efectos. Un régimen de la insolvencia podría proporcionar, por ejemplo, criterios precisos, aunque flexibles, relativos a esos gastos. En particular, esos gastos podrían tenerse en cuenta en función de su utilidad para aumentar el valor del patrimonio en general en beneficio de todos los interesados, o también podrían permitirse cuando se consideraran no sólo razonables y necesarios, sino también compatibles con los objetivos clave del procedimiento. El carácter razonable del gasto puede determinarse en función de los recursos disponibles para la realización del procedimiento y de sus posibles efectos en ese procedimiento. [Nota al Grupo de Trabajo: ¿Hay ejemplos de leyes que incluyan estos criterios?]

222. Para realizar esa evaluación pueden adoptarse diferentes enfoques. Una posibilidad consistiría en solicitar la autorización del tribunal antes de efectuar el gasto, o la autorización del tribunal con respecto a todos los gastos que no queden comprendidos en el curso ordinario de los negocios. Una segunda posibilidad podría consistir en confiar la realización de la evaluación a los acreedores para facilitar la transparencia del procedimiento, a reserva de presentar un recurso ante el tribunal en caso de que se impugnara la evaluación de los acreedores.

iii) Acreedores con prelación o con créditos preferentes

223. Las legislaciones sobre la insolvencia atribuyen a menudo derechos prioritarios a ciertos créditos (principalmente no garantizados) cuyo pago debe tener

prelación, en consecuencia, sobre el de otros créditos no garantizados y no preferentes (o menos preferentes). Estos derechos de prelación van en contra del principio de la distribución *parí passu* y perjudican en general a las deudas ordinarias no garantizadas al reducir los bienes disponibles para distribución. También pueden promover un debate improductivo sobre la evaluación de los privilegios atribuidos a los diversos tipos de créditos con prelación.

224. Existen varios criterios distintos en cuanto a qué tipos de créditos tendrán prelación y en qué habrá de consistir esa prelación. Los tipos de créditos con prelación que prevén los países varían, pero predominan especialmente dos categorías: por un lado, los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de la seguridad social y las pensiones), criterio que generalmente es compatible con la protección especial concedida a los empleados en otras esferas del régimen de la insolvencia (véanse los párrafos 228 a 230 *infra*); y por el otro, los créditos fiscales del Estado. El hecho de otorgar prelación a los créditos fiscales puede comprometer la aplicación uniforme de las leyes fiscales y constituir una forma de subsidio estatal que socave la disciplina a la que tiene por objeto dar apoyo un régimen de la insolvencia eficaz. [¿Otros ejemplos?]

225. En algunas legislaciones recientes sobre la insolvencia se ha reducido notablemente el número de estos tipos de derechos con prelación debido a que ha disminuido la aceptación pública de ese trato preferente. En otros países, no obstante, se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de prelación para muchos tipos de créditos puede complicar los objetivos fundamentales del proceso de insolvencia y dificultar su eficacia y eficiencia. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan. Además, cabe recordar que el ajuste en la distribución de prelaciones para crear esas prelaciones no aumentará la suma total de los fondos a disposición de los acreedores. Sólo redundará en beneficio de un grupo de acreedores a expensas de otro grupo. Cuanto mayor sea el número de categorías preferenciales de acreedores con prelación, mayores serán las posibilidades de otros grupos de aducir que ellos también merecen un trato preferencial. Cuanto mayor sea el número de acreedores que reciban un trato preferencial, menores serán los beneficios que reporte.

226. Algunas prelaciones plantean cuestiones que pueden abordarse de manera más adecuada en leyes que no tengan relación con la insolvencia, en lugar de elaborar una legislación sobre la insolvencia para alcanzar objetivos sociales que sólo están indirectamente relacionados con problemas de deudas e insolvencia. Cuando hayan de incluirse prelaciones en una ley sobre insolvencia o cuando existan en otras leyes prelaciones que tengan efectos en el régimen de la insolvencia, es conveniente que esas prelaciones se establezcan claramente o que se haga referencia a ellas en el régimen de la insolvencia. Esto garantizará que este régimen sea por lo menos seguro, transparente y previsible en lo que respecta a sus consecuencias para los acreedores, y permitirá que los prestamistas evalúen con mayor exactitud los riesgos relacionados con los préstamos.

iv) Acreedores ordinarios no garantizados

227. Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores garantizados y con prelación, se prorratea por lo general el saldo entre los acreedores ordinarios no garantizados. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la

subordinación de algunos créditos. Algunos países dan menor prelación a créditos como las gratificaciones, las multas y sanciones, los préstamos de accionistas y los derechos a créditos no garantizados generales posteriores a la solicitud de procedimiento, mientras que otros países excluyen algunos de esos créditos.

v) Empleados

228. En su calidad de componentes esenciales de la empresa, los derechos de los empleados compiten a menudo con los de otros acreedores. Como clase, los empleados tienden a situarse entre los extremos de propietarios y administradores y prestamistas o acreedores, basándose su relación con el deudor en un compromiso implícito de que recibirán una remuneración por su labor y, si trabajan eficazmente, su empleo se mantendrá. Este compromiso está necesariamente condicionado en casos de insolvencia, pero muchos regímenes reconocen su importancia y conceden prelación a los salarios pendientes de pago sobre los derechos de algunas otras clases de acreedores (véase la sección III.C, Tratamiento de los contratos, *supra*).

229. En un plano más general, la relación de empleo plantea otros problemas que son por lo general difíciles de solucionar y enfrentan los derechos de los empleados con los de otros acreedores, con posibles repercusiones en la disponibilidad y el costo del crédito, especialmente en el caso de empresas de alta intensidad de mano de obra. Algunas de estas cuestiones pueden plantearse en situaciones en que los trabajadores gozan de escasa movilidad laboral, el desempleo es endémico, las prestaciones de jubilación y de seguridad social dependen de la continuación de la actividad comercial de la empresa o están incorporados en el capital del deudor, la red de seguridad social que respalda a los trabajadores es débil y [...].

230. Cuando los sueldos de los empleados están protegidos por fondos especiales (de los empleados), es poco probable que se vea alterado el curso del procedimiento de insolvencia a menos que el fondo que garantiza esos créditos se vea excluido de presentar una demanda en el procedimiento de insolvencia o bien si esa clase de demanda no tiene la misma prelación que la de los empleados. La práctica habitual es que el fondo goce de los mismos derechos que los empleados, al menos con respecto a determinada suma concreta que puede fijarse en términos de cuantía de salarios o semanas de paga.

231. Cuestiones que deberán abordarse:

> [*A/CN.9/504, párr. 153: Con respecto al privilegio otorgado a los sueldos y beneficios de los empleados, se observó que prever un régimen de garantía social redundaría en beneficio del patrimonio de la insolvencia, ya que permitiría que esos créditos quedaran excluidos de la distribución de los bienes. No obstante, se aclaró que eso exigiría que la institución de bienestar social que garantizara esos créditos no tuviera la misma prelación que los empleados frente al patrimonio de la insolvencia. Se opinó también que en el proyecto de guía debían señalarse las soluciones a que se recurría en distintos ordenamientos jurídicos.*]

vi) Propietarios

232. Muchos regímenes de la insolvencia adoptan la regla general de que los propietarios de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se haya pagado íntegramente a los acreedores, que gozan de mayor

prelación. Esto puede requerir o no el pago de intereses. La distribución se hace de conformidad con la clasificación de las acciones que prevean el derecho de sociedades y la carta fundacional de la empresa.

vii) Acreedores emparentados

233. Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas relacionadas con el deudor, tanto desde el punto de vista familiar como empresarial. Es posible que se justifique un tratamiento especial teniendo en cuenta que es más probable que esas partes se hayan visto favorecidas y tiendan a tener un conocimiento anticipado de las dificultades financieras del deudor y [*¿otras circunstancias?*]. Si bien no encajan exactamente en las categorías de créditos que se excluyen, puede resultar adecuado examinar si conviene tratarlos de la misma manera que a los de otros acreedores o someterlos a tratamiento especial, tal como una subordinación de esos créditos a los de otros acreedores y la inhabilitación del acreedor emparentado para votar con otros acreedores en lo que respecta a la aprobación del plan y otras cuestiones clave.

b) Créditos de los acreedores

i) Presentación de demandas

234. Como principio general, sólo pueden presentarse demandas con respecto a deudas en las que se haya incurrido antes de la apertura del procedimiento. El trato que se dé a las deudas en las que se haya incurrido después de la apertura del procedimiento dependerá de la naturaleza de este último y de las disposiciones del régimen sobre la insolvencia: muchas leyes prevén que deben pagarse en su totalidad como gastos del procedimiento.

235. Para presentar demandas pueden utilizarse distintos mecanismos. Muchas leyes imponen a los acreedores la obligación de presentar al representante de la insolvencia (que conforme a las disposiciones sobre reorganización de algunas leyes puede ser el deudor) pruebas de sus créditos para que las examine. Algunas legislaciones prevén un primer paso consistente en que el tribunal o el deudor prepare una lista de acreedores y de las sumas reclamadas. La preparación de esa lista por parte del deudor tiene la ventaja de que los conocimientos que éste tiene de sus acreedores y de sus respectivos créditos permiten al representante de la insolvencia conocer, en esta etapa inicial, el estado de la empresa. Un enfoque alternativo consistiría en que el representante de la insolvencia preparara esa lista, alternativa que podría contribuir a reducir las formalidades relacionadas con el proceso de verificación de las demandas, pero que también podría aumentar los gastos y las demoras. Una vez elaborada la lista, se podría invitar a los acreedores a presentar sus demandas al representante de la insolvencia para fines de verificación. Un mecanismo en virtud del cual los acreedores deban presentar sus demandas al representante de la insolvencia para que éste las verifique puede contribuir a asegurar una distribución adecuada.

236. A fin de garantizar que las demandas se presenten oportunamente y que los procedimientos de insolvencia no se alarguen innecesariamente, puede resultar útil fijar en un régimen de la insolvencia plazos para la presentación de las demandas ante el representante de la insolvencia. No obstante, esto puede perjudicar a los

acreedores extranjeros, que en muchos casos tal vez no podrían cumplir los mismos plazos que los acreedores nacionales. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros, y teniendo en cuenta la tendencia internacional a eliminar la discriminación basada en la nacionalidad del acreedor, tal vez sería posible adoptar un enfoque que permitiera que se presentaran las demandas en cualquier momento anterior a la distribución o que fijara un plazo que pudiera prorrogarse o del que pudiera eximirse al acreedor cuando éste tenga una buena razón para no cumplir con el plazo o cuando ese plazo constituya un impedimento grave para el acreedor. Cuando la demanda se presente tardíamente y se deriven gastos a causa de ello, esos gastos deberán correr por cuenta del acreedor.

237. Para que las demandas puedan presentarse oportunamente, es conveniente que en la legislación sobre la insolvencia se incluyan disposiciones relativas a la debida notificación a los acreedores, tanto nacionales como extranjeros, del comienzo del procedimiento. Con respecto a los acreedores extranjeros, se observa en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, con respecto al artículo 14, que una serie de formalidades requeridas para la notificación de esos acreedores son engorrosas y lentas, por lo que su empleo impediría probablemente la notificación oportuna del procedimiento de insolvencia a los acreedores extranjeros. En la Guía se recomienda que no se sigan esos procedimientos, salvo cuando puedan estar relacionados con una obligación derivada de un tratado internacional (párrafos 106 a 111 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

238. Otra cuestión de particular importancia para los acreedores extranjeros es si la demanda debe presentarse en el idioma de la jurisdicción en la que ha comenzado el procedimiento de insolvencia, y si la demanda debe cumplir determinados requisitos legales como los de traducción y protocolización de los documentos. Para facilitar el acceso de los acreedores extranjeros, tal vez convenga determinar si esos requisitos son esenciales o si pueden establecerse requisitos menos rigurosos como en el caso de otros procedimientos formales examinados con respecto al artículo 14 de la Ley Modelo.

239. La mayoría de las legislaciones disponen que todos los acreedores conocidos e identificables tienen derecho a que se les notifiquen las demandas presentadas. La notificación puede efectuarse mediante una comunicación personal o mediante la difusión de avisos en publicaciones comerciales pertinentes. Además, se puede pedir al representante de la insolvencia que prepare una lista de demandas, tanto de las admitidas como de las impugnadas, y que la presente al tribunal o a otro órgano administrativo para facilitar la notificación de los acreedores desconocidos; también puede exigírsele que proporcione información actualizada sobre la admisión o desestimación de demandas impugnadas.

ii) Demandas provisionales

240. Las demandas de los acreedores pueden ser de dos tipos: las demandas en que se exige el pago de determinada suma y aquellas en que no se ha determinado o no se puede determinar la cantidad adeudada por el deudor. Estas demandas pueden ser contractuales o extracontractuales y pueden derivarse de créditos garantizados o no garantizados. Cuando no se pueda determinar o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse la demanda al representante de la

insolvencia, muchas legislaciones prevén que pueda presentarse una demanda provisional o que pueda fijarse provisionalmente su importe. La admisión de demandas provisionales plantea una serie de cuestiones, como la evaluación del crédito y la parte que debe efectuarla (el representante de la insolvencia, el tribunal u otra persona que se designe); la participación de los acreedores provisionales en votaciones sobre cuestiones importantes como la decisión de si se va a proceder a una liquidación o a una reorganización o a aprobar el plan de reorganización (véase la sección IV.D, Juntas de acreedores, *infra*); y la cuestión de si, como acreedores minoritarios, pueden quedar vinculados por un plan con el que no estén de acuerdo (véase la sección VI, Plan de reorganización, *infra*).

iii) Verificación de demandas

241. El proceso de verificación no consiste únicamente en evaluar la legitimidad de una demanda y su importe, sino también en determinar a qué categoría de crédito corresponde a efectos de la votación y la distribución (por ejemplo, se distingue entre créditos garantizados y no garantizados o entre los créditos previos al procedimiento y los nacidos posteriormente).

242. Muchos regímenes sobre la insolvencia prevén que el representante de la insolvencia verifique las demandas de los acreedores y que los tribunales solucionen las controversias. Puede aducirse, no obstante, que un enfoque que se basa en gran medida en la discreción del representante de la insolvencia puede entrañar demoras o incluso colusión con el deudor, socavando de esa manera la previsibilidad del sistema. Sin embargo, si se adopta este criterio, es conveniente que se requiera que el representante de la insolvencia presente las razones para rechazar una demanda, preferiblemente por escrito. Es probable que este procedimiento aumente la transparencia y posiblemente la previsibilidad del procedimiento de insolvencia. Un segundo enfoque consistiría en disponer que sea el tribunal el que verifique todas las demandas y solucione las controversias. Esto también podría determinar demoras considerables en momentos en que podría resultar fundamental que se garantizara una tramitación rápida y eficiente del procedimiento, y requerirá la utilización de importantes recursos por parte del tribunal.

243. Un enfoque alternativo podría consistir en establecer que las demandas pendientes en el momento de la apertura del procedimiento no requirieran verificación y se admitieran automáticamente a menos que fueran impugnadas. Si se adopta este enfoque, podría ser conveniente combinarlo con un mecanismo destinado a garantizar que todas las partes interesadas dispusieran de información adecuada sobre las demandas admitidas sobre esa base. La admisión automática de las demandas puede evitar muchas de las dificultades que tiene el representante de la insolvencia al principio del procedimiento cuando debe decidir qué acreedores pueden participar y votar en las asambleas celebradas en la fase inicial del procedimiento. La admisión automática de las demandas puede facilitarse estableciendo que las demandas deben presentarse en forma de declaración, como una declaración jurada (*affidavit*), previendo sanciones en caso de fraude. También podría verse facilitada si se admiten demandas respaldadas por libros de contabilidad correctamente llevados.

244. La admisión de la demanda de un acreedor establecerá el derecho de ese acreedor a asistir a las reuniones de acreedores y el importe por el cual el acreedor tendrá derecho a votar en esas reuniones o a votar en la elección de un representante

de la insolvencia o para la aprobación de un plan de reorganización, y la cuantía que el representante de la insolvencia deberá tener en cuenta al efectuar el pago al acreedor en una distribución a los acreedores.

245. Cuando el régimen de la insolvencia permita que se impugne una demanda, también debería indicar cuáles son las partes que tienen derecho a iniciar la impugnación. Algunas legislaciones permiten únicamente al representante de la insolvencia impugnar las demandas, mientras que otras dan también esta posibilidad a otras partes interesadas, incluidos los acreedores. Para evitar una situación en la que los acreedores impugnen un número considerable de demandas, puede resultar conveniente prever un examen final de la lista de demandas de los acreedores en una reunión de acreedores, tras la preparación de la lista. En caso de disputas sobre las demandas, ya sea entre un acreedor y el representante de la insolvencia o entre el deudor y dicho representante, e incluidas las controversias relativas a la garantía en sí o a los derechos de garantía, es esencial disponer de un mecanismo de solución rápida para que el procedimiento pueda avanzar de forma eficiente y ordenada. Si no se pueden resolver las controversias con rapidez y eficiencia, existe el riesgo de que se utilice la posibilidad de impugnar una demanda para entorpecer el procedimiento y provocar demoras innecesarias.

iv) Créditos que se excluyen

246. Debido a una serie de consideraciones de orden público, un régimen de la insolvencia puede tratar de excluir determinados tipos créditos como los créditos fiscales extranjeros, las multas y sanciones y las deudas de juego.

247. Los créditos fiscales extranjeros se excluyen actualmente en muchos países, y se reconoce por lo general que esta exclusión no viola el objetivo de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros. No obstante esta opinión general, no existen razones imperiosas por las cuales esas demandas no puedan admitirse si un país así lo desea. Cuando se admitan los créditos fiscales extranjeros, podrán tratarse de la misma manera que los créditos fiscales nacionales o los créditos ordinarios no garantizados. En el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se reconocen estos distintos criterios y se prevé que el requisito de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros no se verá afectado por la exclusión de créditos de seguridad social y fiscales extranjeros o por el hecho de que tengan una prelación igual a los créditos ordinarios no preferentes o una prelación inferior, si los créditos equivalentes en el país tienen una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes.

248. Cuando las deudas de juego se tratan como créditos que se excluyen, ello se hace por lo general sobre la base de que se derivan de una actividad que es en sí misma ilegal. En lugar de concentrarse en los tipos concretos de créditos que pueden excluirse como ilegales, un régimen de la insolvencia puede excluir, como categoría general, los créditos que se deriven de una actividad ilegal y sean por lo tanto inejecutables.

249. Con respecto a las multas y sanciones, un régimen de la insolvencia puede distinguir entre las que son de índole estrictamente administrativa o punitiva (como las multas impuestas a raíz de la violación de una norma administrativa o penal) y las que son de índole compensatoria. Puede aducirse que la primera categoría debería excluirse sobre la base de que las multas y sanciones se derivan de un delito

o infracción del deudor y que los acreedores no garantizados no tienen por qué soportar la carga de ese delito o infracción teniendo que aceptar una reducción de los bienes disponibles para distribución. En cambio, no parece haber ninguna razón imperiosa para excluir la segunda categoría, particularmente en cuanto se relaciona con la compensación de daños sufridos por otra parte, excepto en la medida en que la exclusión también pudiera justificarse como medio de aumentar los bienes disponibles para los acreedores no garantizados. Un criterio alternativo consistiría en admitir créditos basados en multas y sanciones dado que de otro modo no se cobrarían nunca [*¿otras razones?*].

v) Conversión de créditos en moneda extranjera

250. La valoración de los créditos es de particular importancia para los acreedores extranjeros que por lo general presentan sus demandas en monedas diferentes de la del país en el que se tramita el procedimiento de insolvencia. Para fines de verificación y distribución, estos créditos se convierten normalmente en moneda nacional. Si la fecha de la conversión se fija en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia y la moneda se devalúa o revalúa en el período anterior a la distribución (que podría ocurrir en una fecha bastante posterior), la cuantía del crédito también fluctuará. Un criterio alternativo consiste en realizar una conversión provisional en la fecha de apertura del procedimiento a los efectos de la votación, y si el tipo de cambio fluctúa más allá de determinado porcentaje en el período anterior a la distribución, puede realizarse la conversión en el momento de la distribución.

vi) Cesión de créditos

251. [...]

252. Cuestiones que deberán abordarse:

[*A/CN.9/504, párr. 117: En cuanto a la regulación de los préstamos concedidos por los accionistas, se expresó la opinión de que esos préstamos debían estar sujetos a un régimen que tuviera en cuenta las razones concretas por las que solían concederse esos préstamos, que no serían necesariamente las mismas que en el caso de los préstamos otorgados por otras entidades. Como observación general, se señaló que el proyecto de guía debía informar a los legisladores de las posibles repercusiones que podían tener las disposiciones legislativas a nivel de gestión empresarial.*

118. Recibió apoyo considerable la sugerencia de que el proyecto de guía abordara la regulación de las obligaciones mancomunadas en el régimen de la insolvencia. En particular, se sugirió que especificara la forma en que la apertura del procedimiento de insolvencia afectaría al derecho de un acreedor a ejecutar su crédito frente a uno o varios deudores mancomunados que no fueran los que estaban sujetos al procedimiento. A ese respecto, se opinó también que en el proyecto de guía convendría regular la figura del garante, así como la eventualidad de que éste también fuera insolvente.

119. Se opinó asimismo que el proyecto de guía debería recomendar la reglamentación específica de los créditos no garantizados adquiridos después del inicio del procedimiento de insolvencia, esbozando los distintos enfoques adoptados en diversos ordenamientos jurídicos.]

2. Créditos de los acreedores y el régimen que se les aplica: resumen y recomendaciones

1) Las disposiciones relativas a los créditos de los acreedores tienen por objeto:

a) Establecer que las personas que reclamen el pago de una deuda o de una obligación a un deudor insolvente presenten sus demandas al representante de la insolvencia para que éste las examine;

b) Requerir que el representante de la insolvencia examine las demandas y las admita o las rechace, total o parcialmente, y prever mecanismos de apelación con respecto a ese proceso;

c) Prever la tramitación de demandas especiales, incluidas las de los acreedores garantizados, los acreedores extranjeros, los acreedores que presenten demandas en moneda extrajera, demandas de intereses y demandas con respecto a obligaciones no vencidas;

d) Prever un orden de prelación en el pago de los créditos de los acreedores;

e) Prever la aplicación de las mismas normas con respecto a los objetivos arriba mencionados tanto en el caso de una liquidación como en el de una reorganización.

2) Deberá notificarse a todos los acreedores, tanto nacionales como extranjeros, de la apertura del procedimiento y del plazo establecido para la presentación de las demandas. La notificación se practicará de una manera compatible con los requisitos del artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

3) Las demandas podrán presentarse dentro de determinado plazo con posterioridad a la apertura del procedimiento [notificación de la apertura del procedimiento] o en cualquier momento posterior a la distribución.

4) Para facilitar la tramitación de las demandas, el representante de la insolvencia deberá preparar una lista de acreedores y una exposición de los fundamentos de las demandas.

5) Cada acreedor [no garantizado] [y garantizado] tendrá derecho a presentar una demanda contra el patrimonio de la insolvencia [dentro de los [... días] posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia] [en cualquier momento anterior a la distribución]. Cuando en un régimen de la insolvencia se establezca un plazo para la presentación de demandas, el tribunal deberá estar facultado para conceder prórrogas o exoneraciones de ese plazo. Los créditos de los acreedores extranjeros deberán tratarse de la misma manera que cualesquiera otros créditos. Los créditos de los acreedores garantizados sólo deberán presentarse cuando el acreedor haya entregado su garantía o cuando ésta no cubra totalmente el importe del crédito (es decir, cuando el valor del crédito sea superior a la garantía material) y el acreedor desee reclamar la parte no garantizada.

6) Podrán excluirse determinados créditos, entre los que podrán figurar los derivados de actividades que son ilegales (como deudas de juego) y [los créditos en divisas], [las multas y sanciones], [*¿otros?*].

7) Un acreedor podrá entablar una demanda presentando prueba de su crédito al representante de la insolvencia en forma de una [declaración] [declaración jurada (*affidavit*)].

8) El representante de la insolvencia admitirá o rechazará cualquier crédito total o parcialmente o bien los créditos podrán admitirse automáticamente [sobre la base de documentos contables] a menos que sean impugnados por [un acreedor] [el representante de la insolvencia]. Cuando el representante de la insolvencia rechace un crédito, deberá exponer las razones de ese rechazo. Los acreedores cuyos créditos hayan sido rechazados o impugnados tendrán derecho a apelar ante el tribunal.

9) Los créditos por valor indeterminado, los créditos garantizados y los créditos impugnados deberán admitirse provisionalmente a la espera de la evaluación del crédito o la garantía y la solución de la controversia por el tribunal. La evaluación de un crédito puede ser realizada por el representante de la insolvencia o por el tribunal. Los acreedores tendrán derecho a apelar la evaluación ante el tribunal.

10) La admisión del crédito de un acreedor establece:

a) El derecho del acreedor a asistir a las reuniones de acreedores y el importe por el cual el acreedor tiene derecho a intervenir en las votaciones de una reunión de acreedores de un deudor insolvente o a votar en la elección de un representante de la insolvencia o para la aprobación de un plan de reorganización; y

b) El importe que el representante de la insolvencia debe tener en cuenta al realizar el pago al acreedor en una distribución a los acreedores.

11) Derecho de compensación.

12) Créditos de iniciados y accionistas.

V. Liquidación y distribución

A. Prioridades en la distribución

1. Observaciones generales

253. La distribución del producto del patrimonio se realizará generalmente de acuerdo con la clasificación de los acreedores en categorías y las diferentes prioridades adjudicadas a esas categorías.

254. Cuando existan varias categorías con diferentes prioridades, se pagará íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llegue a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría, se prorrateará entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no prevén distintos grados de prelación, cuando no hay fondos suficientes para el pago íntegro, el prorrateo se hace entre todos los acreedores.

255. En los procedimientos de reorganización, puede ser conveniente supeditar la confirmación del plan a que los acreedores con prelación cobren íntegramente sus créditos, a menos que dichos acreedores convengan otra cosa. En el plan de reorganización podrán proponerse prioridades de distribución distintas de las previstas por la legislación, siempre y cuando los acreedores que voten sobre el plan aprueben esa modificación.

2. Prioridades en la distribución: resumen y recomendaciones

1) Estas disposiciones tienen por objeto: [...].

2) Con la suma disponible para los acreedores se pagarían, por el siguiente orden:

a) [los créditos garantizados];

b) Los gastos y remuneraciones que se deriven del nombramiento, de las obligaciones y de las funciones del representante de la insolvencia;

c) Los gastos administrativos;

d) [otros créditos aprobados].

3) Los créditos pertenecientes a cada una de estas categorías gozan, entre ellos, de idéntico grado de prelación. Una vez pagados íntegramente todos los créditos de la primera categoría, se pasa a la siguiente, y así sucesivamente. De no disponerse de fondos suficientes para pagarlos en su totalidad, se pagan proporcionalmente.

B. Exoneración

1. Observaciones generales

256. Una vez realizada la distribución, es probable que algunos acreedores no hayan cobrado íntegramente sus créditos. Un régimen de la insolvencia deberá examinar si estos acreedores siguen teniendo un crédito pendiente contra el deudor o, por el contrario, si el deudor queda liberado o "exonerado" de estos créditos residuales.

257. Cuando la entidad insolvente sea una sociedad de responsabilidad limitada, la cuestión de la exoneración después de efectuada la liquidación no se plantea; la legislación preverá la desaparición de la entidad jurídica o, de lo contrario, la entidad simplemente continuará existiendo como una mera estructura sin bienes. Los accionistas no se responsabilizarán de los créditos residuales y la cuestión de su exoneración no se planteará. No obstante, esa cuestión sí se plantea y deberá abordarse en el contexto de una reorganización. Si la entidad comercial adopta una forma diferente, como una persona (propiedad única), un grupo de personas (una sociedad), o una entidad cuyos propietarios tengan responsabilidad ilimitada, se planteará la cuestión de si esas personas siguen siendo responsables de los créditos no reembolsados tras la liquidación.

258. Los regímenes de la insolvencia adoptan distintos enfoques con respecto a la cuestión de la exoneración. En algunos de ellos, el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos no reembolsados, a reserva de cualesquiera disposiciones legales en cuanto a limitaciones. Este tipo de norma hace hincapié en el valor de la relación entre el deudor y el acreedor: la continua responsabilidad del deudor después de la liquidación sirve tanto para moderar el comportamiento financiero del deudor como para alentar al acreedor a proporcionar financiación. Otros regímenes prevén la exoneración completa de un deudor honesto no fraudulento inmediatamente después de la liquidación. Este criterio hace hincapié en el beneficio del "nuevo comienzo" que entraña una exoneración y a menudo está destinado a fomentar el desarrollo de una clase empresarial. También constituye un reconocimiento de que el sobreendeudamiento es una realidad económica actual. Un tercer enfoque procura lograr una solución de avenencia: se otorga la exoneración después de transcurrido cierto período con posterioridad a la distribución, durante el cual se espera que el deudor realice un esfuerzo de buena fe para cumplir con sus obligaciones.

259. En algunas circunstancias, puede resultar conveniente limitar la posibilidad de la exoneración. Esta limitación podría establecerse, por ejemplo, cuando el deudor haya actuado en forma fraudulenta, haya estado implicado en actividades delictivas, haya violado leyes laborales o ambientales y [*¿otras circunstancias?*]. En algunos de los países en los que se concede la exoneración, pueden excluirse determinadas deudas, como las derivadas de acuerdos de mantenimiento, fraude, multas impuestas por los tribunales e impuestos. También pueden imponerse condiciones al deudor, tanto durante el procedimiento o como condición para la exoneración, ya sea a modo de recomendación del representante de la insolvencia o del tribunal. Entre esas condiciones pueden figurar restricciones a la posibilidad de obtener nuevos créditos, abandonar el país o realizar actividades comerciales durante cierto período de tiempo. Otras limitaciones se relacionan con el número de

veces que puede exonerarse a un deudor. En algunas jurisdicciones, la exoneración es un acontecimiento único; en otras hay un plazo de espera de, por ejemplo, diez años antes de que el deudor pueda tener derecho a una nueva exoneración o incluso iniciar un procedimiento de insolvencia que pueda conducirlo a una nueva exoneración.

260. Una cuestión que debe tenerse en cuenta al examinar la exoneración de personas dedicadas a una actividad comercial es la intersección del endeudamiento comercial con el endeudamiento del consumidor. Reconociendo que se adoptan enfoques diferentes con respecto a la insolvencia de las personas físicas (en algunos países una persona física no puede declararse en quiebra, en otros existe el requisito de que la persona haya actuado en calidad de "comerciante") y que muchos países no poseen un sistema avanzado en lo relativo a la insolvencia del consumidor, una serie de países cuentan con regímenes de la insolvencia que procuran distinguir entre aquellos que son simplemente deudores consumidores y aquéllos cuyas obligaciones se derivan de pequeñas empresas. En muchos casos, por ejemplo, los créditos personales se utilizan para financiar pequeñas empresas ya sea como capital inicial o como fondo de operaciones, y puede resultar difícil separar las deudas en categorías claras. Por esa razón, cuando un ordenamiento jurídico reconoce las deudas comerciales y las deudas de los consumidores individuales, no son viables normas relativas a las deudas comerciales de las personas que difieran de las normas aplicables a las deudas de los consumidores.

2. Exoneración: resumen y recomendaciones

1) Cuando un régimen de la insolvencia permite la insolvencia de las personas que se dedican a la actividad comercial, debe prever la exoneración del deudor tras la liquidación. Esa exoneración debería [ser completa e inmediata cuando el deudor sea honesto y no haya realizado operaciones fraudulentas] [estar sujeta a determinadas limitaciones temporales] [*¿otras disposiciones?*].

VI. Plan de reorganización

1. Observaciones generales

261. Los regímenes de la insolvencia pueden regular diversos detalles de la formulación del plan de reorganización, como su índole o forma, el momento en que debe prepararse, quién está capacitado para prepararlo, qué debe figurar en él, cómo debe aprobarse y qué efectos tiene.

262. Las funciones de los planes de reorganización varían según los distintos tipos de procedimiento. Por ejemplo, el plan puede ser la etapa final del procedimiento de reorganización, en que se dispone el pago de un dividendo íntegro y la liquidación definitiva de todas las deudas (lo que se denomina también transacción o plan de avenencia), o puede proponerse en la apertura del procedimiento a fin de determinar la forma en que ha de tratarse al deudor y a la empresa durante el período de reorganización, como si fuera un plan de explotación comercial, así como los dividendos previstos y las fechas de pago. También se prepara una especie de plan

de reorganización durante un procedimiento de liquidación en que ha de venderse la empresa como negocio en marcha. Ese plan se parecería mucho a un plan de explotación comercial y en él no se abordaría ningún asunto vinculado a la distribución, puesto que eso se regiría por el régimen de la insolvencia.

a) Índole o forma del plan

263. El objetivo de la reorganización es que los acreedores obtengan el máximo rendimiento y se logren mejores resultados que en el caso de la liquidación de la empresa. Al intervenir diversas partes en ese procedimiento, cada una puede tener opiniones distintas acerca de cómo alcanzar ese objetivo, por ejemplo, conservando las relaciones comerciales con un cliente o proveedor importante, sin exigir un reembolso rápido, y tolerando diversos grados de riesgo. Algunos acreedores pueden preferir una participación en el capital social de la empresa y otros no. Lo característico es que en un caso dado pueda escogerse entre una amplia variedad de opciones; en consecuencia, si se adopta un criterio prescriptivo respecto de esa variedad de opciones o de las posibilidades de escoger en un caso particular, probablemente se socave el objetivo de maximizar el valor de los bienes. Conviene, por ejemplo, que el régimen no permita sólo un plan encaminado a rehabilitar completamente al deudor, ni estipule que no podrán anularse las deudas, ni disponga que se pueda pagar una cuantía mínima a los acreedores. Es aconsejable que las fuerzas del mercado determinen cuál es la solución comercial más apropiada.

264. Convendría establecer algunos límites, por ejemplo, que la prelación que se conceda a los acreedores en el procedimiento de liquidación se mantenga en el de reorganización y que el plan no perpetúe la insolvencia de la empresa y no haga que vuelva al mercado en esas condiciones. Un régimen menos restrictivo tendría la flexibilidad suficiente para permitir que se escogiera la opción más adecuada (para una entidad determinada) de un abanico de posibilidades. En algunas leyes de insolvencia se enumeran algunas de esas posibilidades, aunque sin excluir las demás. Las posibilidades abarcan un mero concordato (acuerdo para pagar a los acreedores un porcentaje de sus créditos), la continuación de la actividad comercial de la empresa y la posibilidad de venderla como negocio en marcha (y la liquidación ulterior, la transferencia de una parte o de la totalidad del patrimonio a una o más entidades existentes o futuras, una fusión o concentración de la empresa con una o más entidades, una forma compleja de reestructuración de la deuda y del capital social o alguna otra solución.

b) Elaboración del plan

265. Dos aspectos importantes para tener en cuenta al elaborar un plan de reorganización son en qué etapa del procedimiento se debe preparar y qué parte asumirá la tarea de hacerlo. Cada uno de esos aspectos puede enfocarse de distintas maneras.

266. Respecto del primer aspecto, el criterio que se adopte depende de la finalidad o el objetivo de una reorganización en particular. En algunas legislaciones se adopta el criterio de que el plan de reorganización forma parte de la solicitud del procedimiento de reorganización (en cuyo caso la solicitud puede denominarse “propuesta” de reorganización), en tanto que en otras se prevé que el plan se prepare

tras la apertura del procedimiento de reorganización. Una posible dificultad de prepararlo antes de la apertura del procedimiento es que, si no se consulta a los acreedores y demás partes interesadas el plan quizás no se podría ejecutar, lo que entorpecería y retrasaría el procedimiento.

267. Respecto del segundo aspecto, puede ser que la responsabilidad principal de preparar el plan recaiga en las distintas partes que intervienen en el procedimiento de reorganización, lo que dependerá de la manera en que se formule el régimen de la insolvencia y, en particular, de las funciones que se encomienden al representante de la insolvencia, al deudor y a los acreedores. En algunos regímenes estas partes tienen la obligación de cooperar efectivamente en la elaboración del plan. Al determinar a qué parte incumbirá la responsabilidad primordial de hacerlo, es conveniente que se establezca un término medio entre la libertad de cada una para elaborar el plan y las restricciones que entraña forzosamente el proceso en lo que respecta a exigencias en materia de aprobación (votación), plazos de preparación, modificaciones del plan y demás consideraciones de procedimiento. Es más probable que se logre ese término medio si se adopta un criterio flexible, en lugar de hacer hincapié en la reglamentación, si bien sería conveniente abordar esas cuestiones de alguna manera en aras de la eficacia, la certidumbre y la previsibilidad.

268. En algunos casos corresponde al deudor la tarea de preparar el plan de reorganización. Esa modalidad puede tener la ventaja de alentar a los deudores a recurrir pronto al procedimiento de reorganización y de aprovechar al máximo el conocimiento de la empresa por parte del deudor, que puede saber qué medidas son necesarias para que su empresa vuelva a ser viable (aunque tal vez haya que conciliar la libertad otorgada al deudor con la necesidad de que éste y su propuesta se granjeen la confianza de los acreedores). La oportunidad que se ofrece al deudor puede ser exclusiva o valer para un determinado plazo, y se puede dar al tribunal la posibilidad de prorrogar ese plazo si eso resulta beneficioso para el procedimiento de reorganización. Cuando haya que elaborar el plan antes de la apertura del procedimiento, sólo el deudor podrá hacerlo, habida cuenta de que los acreedores carecerían de información y de posibilidades de organización para emprender esa tarea y de que todavía no se habría nombrado al representante de la insolvencia.

269. Dado que el plan sólo prosperará si es aprobado por la mayoría requerida de acreedores, existe siempre el riesgo de que la reorganización fracase si el plan presentado por el deudor no es aceptable. Por ejemplo, es posible que los acreedores sólo estén dispuestos a aprobar un plan que prive a los accionistas del deudor de la participación dominante en el capital social de la empresa y quizás impida también a sus directivos seguir ocupándose de la gestión. Si el deudor es el único que puede preparar el plan y se niega a aceptar condiciones de esta índole, se corre el riesgo de que fracase la reorganización y que con ello se perjudique a los acreedores, a los empleados y a la empresa insolvente. Para evitarlo, algunas legislaciones disponen que si el deudor no presenta un plan aceptable, antes de que concluya un período de exclusividad, los acreedores podrán proponer otro (lo que podría estar a cargo de una junta de acreedores (véase la sección IV.D, Juntas de acreedores, *supra*). Esta opción puede crear condiciones propicias para que las partes acepten una solución de transacción.

270. Una tercera modalidad consiste en dar al representante de la insolvencia la posibilidad de preparar el plan, en vez de encomendárselo al deudor o a los

acreedores o para complementar el plan que preparen éstos. Dado que el representante de la insolvencia habrá tenido la ocasión de llegar a conocer bien la empresa del deudor, estará en condiciones de determinar qué medidas se necesitan para que aquélla sea viable. La importancia de dar participación al representante de la insolvencia o a los acreedores depende de la formulación de la ley. En circunstancias en que la aprobación por la mayoría requerida de acreedores sea un requisito necesario para que el plan tenga efecto, tendrán mayores probabilidades de ser aprobados los planes que comprendan propuestas aceptables para los acreedores que los que no cumplan esa condición. Esta consideración no será pertinente si la ley dispone que la aprobación de los acreedores no es necesaria o que el tribunal puede dictar una medida que la deje sin efecto. Si bien es posible dar a diversas partes la oportunidad de preparar un plan, por lo general no es aconsejable que se elaboren varios planes simultáneamente. Aunque eso puede complicar el procedimiento y hacerlo menos eficaz, en algunos casos puede propiciar también la elaboración de un plan que goce de la aceptación de todos.

271. Algunas legislaciones disponen que el tribunal debe tomar en consideración las opiniones de un tercero sobre el plan, por ejemplo, de organismos gubernamentales y sindicatos. Si bien en casos determinados eso puede contribuir a la elaboración de un plan aceptable, el trámite también puede prolongar el proceso y tal vez sólo resulte conveniente si puede redundar en beneficio del caso de que se trate, si está sujeto a una cuidadosa supervisión y si se establece un plazo determinado.

c) Contenido del plan

272. Las leyes de la mayoría de los países exigen que en el plan de reorganización se informe suficientemente y con claridad a todas las partes sobre la situación financiera de la empresa y sobre la renegociación de los derechos jurídicos que se proponga en plan. La información sobre la situación financiera del deudor puede abarcar exposiciones sobre el activo y el pasivo y la corriente de efectivo; información detallada sobre las propuestas exactas incluidas en el plan; datos concretos sobre lo que percibirían los acreedores (y por qué percibirían más que en una liquidación), y cómo podría mantener la empresa sus operaciones comerciales y reorganizarse satisfactoriamente. La información relativa a las propuestas que se incluyen en el plan puede abarcar: pormenores de la distribución de fondos; el mantenimiento en vigor o la rescisión de contratos no cumplidos en su totalidad o de arrendamientos no vencidos; la liquidación de los créditos; la venta del bien dado en garantía; el pago de un dividendo mínimo a los acreedores; el procedimiento de divulgación y aceptación; el derecho a que los acreedores con créditos impugnados participen en el proceso de votación y disposiciones para regular los créditos impugnados, y los derechos de voto y poderes de los iniciados (“insiders”), es decir, de las personas que disponen de información de primera mano sobre la empresa. El suministro de esa información coadyuva a la consecución del importante objetivo de transparencia y a ganarse la confianza de los acreedores en el proceso. Sin embargo, tal vez haya que conciliarlo con las cuestiones de confidencialidad que plantea el acceso de los acreedores a información potencialmente confidencial de carácter financiero y comercial relativa al deudor, aun cuando esa información llegue a ser de dominio público, en último término, una vez que el plan sea aprobado por el tribunal.

273. La cuestión del contenido del plan se relaciona estrechamente con todo lo referente a su aprobación y efectos. El resultado del plan depende de su viabilidad, es decir, de si es posible que, a partir de hipótesis razonables y de información y circunstancias conocidas, el plan y el deudor puedan salir adelante. Al pronunciarse sobre un plan, los acreedores deben tener la certeza de que éste es viable y de que no se basa, por ejemplo, en hipótesis erróneas, ni deja al deudor agobiado de deudas. Para facilitar esa evaluación, el plan puede ir acompañado de un informe de un profesional idóneo en que se describan de forma fidedigna y objetiva las medidas propuestas en el plan. Si las opiniones de los acreedores no concuerdan con el dictamen del perito, podrían tenerse en cuenta ambas posiciones, ya sea al votar sobre el plan, mediante un mecanismo que permita modificarlo, o por conducto del tribunal cuando confirme el plan (en los casos en que esta etapa forme parte del procedimiento).

274. El contenido del plan plantea también problemas de conflictos con otras leyes. Por ejemplo, si el derecho de sociedades de un país no permite la transformación de deuda en capital social, no podrá aprobarse ningún plan que prevea tal medida. Dado que la conversión de la deuda en capital social puede ser una característica importante del proceso de reorganización, sería necesario eliminar la prohibición para poder incluir esa medida en el plan y aprobarla. Del mismo modo, si el plan se limita a condonar la deuda o a prorrogar las fechas de vencimiento, es posible que no reciba de los acreedores el apoyo suficiente para prosperar. En algunos casos de insolvencia se plantean cuestiones igualmente claras y poco polémicas sobre la relación entre el régimen de la insolvencia y otras leyes. En cambio, en otros casos pueden surgir problemas más complicados, como la limitación de las inversiones extranjeras y los controles de los tipos de cambio (especialmente en los casos en que muchos de los acreedores no sean residentes), o los derechos de los empleados en la legislación laboral cuando, por ejemplo, la reorganización pueda requerir la modificación de los convenios colectivos, o cuestiones relacionadas con las leyes tributarias. En determinadas circunstancias, algunos regímenes de la insolvencia disponen que queden sin efecto ciertas limitaciones previstas en otras leyes; es aconsejable, entonces, que por razones de transparencia y previsibilidad, la cuestión de la relación con otras leyes se trate de forma explícita.

d) Aprobación y efectos del plan

275. Al redactarse las disposiciones legales que regulen la aprobación del plan y sus efectos deben ponderarse factores diversos. Por una parte, puede ser conveniente prever la forma de imponer a una minoría de acreedores disconformes un plan acordado por mayoría, a fin de que la reorganización tenga más probabilidades de prosperar. En la medida en que un plan aprobado pueda imponerse a los acreedores que no hayan dado su beneplácito, puede ser necesario prever en él una protección adecuada de los acreedores disconformes y, en particular, velar por que sus derechos no se vean socavados injustamente. Por otra parte, si el procedimiento de aprobación causa un perjuicio notable a los derechos de los acreedores sin el consentimiento de éstos (en particular de los acreedores garantizados), existe el riesgo de que más adelante no estén dispuestos a conceder crédito.

i) Créditos garantizados y con prelación

276. En muchos casos, los créditos garantizados representarán una proporción importante del valor adeudado y la aprobación del plan por los acreedores garantizados y con prelación puede regularse de distintos modos. Según una de las modalidades, cuando la ley garantiza que el plan aprobado no impedirá a los acreedores garantizados ejercer sus derechos, en general no es necesario dar a esos acreedores el derecho de voto, ya que el plan no perjudicará sus intereses. Con este tipo de disposiciones los acreedores con prelación se encuentran en una situación similar, en el sentido de que el plan no puede menoscabar el valor de sus créditos ni su derecho a cobrarlos íntegramente. Esta modalidad tiene el inconveniente de que puede reducir las probabilidades de éxito de la reorganización, particularmente cuando los bienes dados en garantía de los créditos sean de importancia vital para el éxito del plan: si el plan no obliga a un acreedor garantizado, o si prevé que se satisfagan íntegramente sus créditos, la decisión de éste de ejercitar sus derechos puede impedir la ejecución del plan. Del mismo modo, en determinadas circunstancias, la única forma en que el plan puede prosperar es si se prevé que los acreedores con prelación perciban un valor inferior al de sus créditos.

277. A fin de resolver algunas de esas dificultades, ciertos países permiten que los acreedores garantizados y los que tengan prelación voten por separado, como categorías distintas de acreedores, cuando se trate de un plan que pueda menoscabar el valor de sus créditos, o que accedan a quedar vinculados por el plan de alguna otra manera. Al crearse esas categorías de acreedores, se reconoce que sus respectivos derechos e intereses difieren de los de los acreedores sin garantía. Si tanto los acreedores garantizados como los que gozan de prelación votan mayoritariamente a favor, quedarán vinculados por el plan. En esas circunstancias, las legislaciones suelen requerir que los acreedores disconformes tengan derecho a percibir por lo menos lo que habrían percibido en una liquidación. En algunos regímenes de la insolvencia se prevé también que los acreedores con créditos garantizados queden vinculados por el plan si el tribunal tiene la facultad de disponer que así sea, siempre que se den determinadas condiciones, por ejemplo, que la ejecución de la garantía por el acreedor garantizado pueda socavar gravemente las posibilidades de cumplir los propósitos del plan y que la garantía real y los intereses del acreedor garantizado estén suficientemente protegidos en el plan.

ii) Acreedores no garantizados en general

278. Aun cuando no se permita votar a los acreedores garantizados o a los que tengan prelación, es conveniente que los acreedores no garantizados en general dispongan de un medio eficaz para votar. Puede recurrirse a distintos mecanismos, pero cualquiera que sea el elegido, debe delinearse claramente para garantizar previsibilidad y transparencia.

279. **Mayorías**. Algunas legislaciones exigen un nivel mínimo de apoyo de los acreedores no garantizados en general para que éstos queden vinculados por el plan y fijan los procedimientos de votación para determinar el grado de apoyo necesario. Una cuestión importante es el criterio conforme al cual se calculan los votos para fijar ese nivel mínimo, que puede ser un determinado porcentaje que representen los acreedores partidarios del plan respecto del valor total de la deuda, combinado a veces con el número de acreedores que apoyan el plan. Por ejemplo, algunas

legislaciones exigen que el plan esté respaldado por los dos tercios del valor de la deuda y por la mitad del número de acreedores. Algunos regímenes prevén otras combinaciones. Si bien este procedimiento dificulta la aprobación, puede justificarse por el hecho de que protege el carácter colectivo de los procedimientos. Por ejemplo, si la mayor parte del valor de los créditos corresponde a un único acreedor, el doble requisito impedirá que el acreedor mayoritario imponga el plan a todos los demás acreedores. De forma análoga, una gran cantidad de pequeños acreedores no puede imponer su decisión a unos pocos acreedores con créditos importantes. Ese procedimiento también puede justificarse por el hecho de que contribuye a generar apoyo suficiente para que el plan prospere.

280. Con respecto a los procedimientos de votación, muchos países calculan el porcentaje de apoyo requerido sobre la base del número de personas que efectivamente votan, considerando que los ausentes no tienen mucho interés por el procedimiento. Esta modalidad requiere disposiciones adecuadas de notificación que deben aplicarse eficazmente, especialmente cuando los acreedores no sean residentes (véase el párrafo 237 *supra*).

281. **Categorías de acreedores**. Algunos países que han establecido categorías de acreedores garantizados y acreedores con prelación dividen también a los acreedores no garantizados en distintas categorías. La finalidad de estas divisiones es mejorar las perspectivas de éxito de la reorganización al menos de tres modos: estableciendo un medio útil para determinar los diversos intereses económicos de los acreedores no garantizados; creando un marco para estructurar las condiciones del plan, y previendo un mecanismo por el cual el tribunal pueda fundarse en el cumplimiento de la mayoría requerida de una categoría de acreedores para declarar vinculante el plan a otras categorías de acreedores que no lo hayan apoyado. Habida cuenta de que la creación de distintas categorías puede complicar el proceso de votación, conviene hacer esa clasificación únicamente cuando existen razones imperiosas para otorgar un trato especial a algunos acreedores no garantizados. Entre los criterios que pueden determinar la comunidad de intereses figuran: la índole de las deudas que han dado lugar a los créditos, los recursos que pueden interponer los acreedores cuando no exista un plan de reorganización y lo que podrían recuperar al interponerlos, la manera en que se tratarían los créditos en el plan de reorganización y las posibilidades que tendrían de cobrar en virtud del plan.

282. **Poder de imposición**. Algunos de los países que prevén votaciones de los acreedores garantizados y de los que tienen prelación y la división de los acreedores no garantizados en varias categorías han establecido también un mecanismo mediante el cual un plan aprobado por una categoría de acreedores puede vincular a otras categorías de acreedores sin su consentimiento (incluidos los garantizados y los que gozan de prelación). Es una disposición denominada a veces de "imposición" (*cram-down*). La creación de categorías y la aplicación de esas reglas complican el régimen de la insolvencia y su aplicación por el representante de la insolvencia y el tribunal y pueden requerir, por ejemplo, un considerable poder discrecional en cuestiones económicas, como la posibilidad de que el tribunal divida a los acreedores no garantizados en categorías basadas en sus respectivos intereses económicos. Si este poder discrecional no se ejerce de manera fundada, independiente y previsible, puede minarse la confianza de los acreedores.

283. **Accionistas**. Algunas legislaciones prevén que los accionistas de la empresa del deudor aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la

empresa, a la estructura de su capital o a la composición del cuerpo de accionistas. Además, cuando la dirección de la empresa del deudor propone un plan, es posible que sus disposiciones ya hayan sido aprobadas por los accionistas (hay empresas cuya carta fundacional lo exige). Así ocurre a menudo cuando el plan afecta directamente a los accionistas al prever la transformación de la deuda en capital social, ya sea transfiriendo las acciones existentes o emitiendo nuevas acciones.

284. En circunstancias en que la ley permita a los acreedores o al representante de la insolvencia proponer un plan, y cuando ese plan prevea la transformación de la deuda en capital social, algunos países permiten la aprobación del plan pese a la oposición de los accionistas, independientemente de lo que se disponga en la carta fundacional de la entidad. Por lo tanto, esos planes pueden dejar sin voz ni voto a los accionistas.

iii) Acreedores con conflicto de intereses

285. [Votación para la aprobación del plan]

iv) Efecto del plan

286. Una vez que se aprueba el plan, hay distintos criterios para determinar para quiénes será vinculante. En algunos regímenes de la insolvencia quedan obligados únicamente los acreedores que han votado, en tanto que en otros se dispone que quedarán vinculados todos los acreedores no asegurados, la dirección de la empresa y los accionistas.

e) Confirmación judicial del plan

287. No todos los países exigen la confirmación judicial del plan aprobado por los acreedores; en algunos, basta con que la mayoría requerida de acreedores lo refrende. No obstante, el tribunal puede revisar el plan cuando los acreedores minoritarios lo impugnen u objeten los medios por los que se aprobó (véase el párrafo 290 *infra*).

288. Cuando se exige que intervenga el tribunal (o un órgano administrativo en algunos países), normalmente se supone que confirmará un plan aprobado por la mayoría requerida de acreedores. Muchos países permiten a los tribunales desempeñar un papel activo en lo que respecta a vincular a los acreedores haciendo que el plan rija para una categoría de acreedores que no lo ha aprobado. En esos casos el tribunal estaría realizando un trámite de carácter judicial; no se trata de que haya de examinar las razones comerciales que sirvieron de base a la aprobación del plan, sino de que compruebe que el proceso de adopción de la decisión se desarrolló correctamente y que se cumplieron los requisitos necesarios. El tribunal podrá rechazar el plan si estima que no se han protegido debidamente los intereses de los acreedores disconformes (porque, por ejemplo, recibirían menos de lo que habrían percibido en una liquidación), o si hay pruebas de fraude en el proceso de aprobación.

289. Algunas legislaciones autorizan también al tribunal a rechazar un plan cuando considere que no es viable. Esa decisión puede justificarse, por ejemplo, cuando los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan, pero éste no garantice la plena satisfacción de los créditos garantizados de dichos acreedores. En ese caso, el tribunal puede rechazar el plan si considera que los acreedores

garantizados ejercerán sus derechos contra el bien dado en garantía, con lo cual imposibilitarán la ejecución del plan. Ese riesgo puede preverse en las disposiciones que regulen la preparación y aprobación del plan. Independientemente de las funciones que cumpla el tribunal en relación con el plan de reorganización, es conveniente que no tenga la facultad de revisar los argumentos económicos y comerciales que sirvieron de base a la decisión de los acreedores, a menos que posea conocimientos y experiencia en la materia.

f) Impugnación del plan

290. Como es posible que todos los acreedores se vean perjudicados por el procedimiento de reorganización, los acreedores que impugnaran el plan tendrían que demostrar que su ejecución le causaría más daños y perjuicios que a otros acreedores o a otras categorías de acreedores. Algunas legislaciones prevén también que el plan pueda impugnarse, aunque disponen la posibilidad de volverlo a examinar o anular en función de criterios establecidos para considerar los argumentos de los acreedores disconformes, entre ellos el hecho de que haya habido fraude en el proceso de aprobación del plan (por ejemplo, suministro de información falsa o equívoca u ocultamiento de información importante relativa al plan) o irregularidades en la votación (por ejemplo, que hayan participado acreedores con conflicto de intereses, o que la decisión de aprobar el plan sea incompatible con los intereses de la generalidad de los acreedores) o en la reunión en la que el plan se sometió a votación

g) Modificación del plan

291. Cuando no se logra el número de votos necesario para aprobar un plan de reorganización, se puede prever un mecanismo que permita a los acreedores volver a examinarlo y modificarlo. Uno de esos mecanismos consiste en permitir que una mayoría de acreedores vote por levantar la reunión en que se ha de tomar la decisión a fin de que se difunda más información, si se considera que la prolongación de las negociaciones puede producir un resultado favorable o a fin de resolver controversias y cuestiones pendientes. Sin embargo, como ocurre con otros aspectos del procedimiento, es conveniente disponer que se recurra al levantamiento de la reunión solamente en determinadas circunstancias, o al menos un número limitado de veces, así como tal vez, imponer plazos para facilitar la rápida conclusión de las nuevas negociaciones y prevenir abusos.

292. El régimen de la insolvencia también puede prever la modificación de un plan después de que se haya aprobado, si su ejecución fracasa o no es viable. En muchos regímenes se establece que el plan podrá modificarse si con eso se atiende a los intereses de los acreedores. Cuando se prevé que un tribunal confirme el plan original, es posible que se exija también que confirme el plan modificado.

h) Ejecución del plan

293. Si bien la mayoría de los planes pueden ejecutarse sin más trámite, a veces puede ser necesario que una parte independiente supervise o controle la ejecución. Varios países asignan también al tribunal una función de supervisión continua del deudor desde la aprobación y confirmación del plan hasta que concluya su ejecución. Esta función puede ser importante cuando se planteen cuestiones de interpretación del cumplimiento de las obligaciones del deudor u otras cuestiones.

En algunos países se permite que el tribunal autorice a un supervisor o al representante de la insolvencia a supervisar en distinta medida los negocios del deudor después de la confirmación del plan.

i) Desaprobación o fracaso del plan de reorganización

294. Cuando se desaprueba un plan o fracasa su aplicación y estos problemas no se subsanan modificándolo, el régimen de la insolvencia puede prever distintas formas de salir adelante. En algunos casos se considera que si los acreedores no aprueban el plan es porque están a favor de la liquidación. Si bien este criterio puede inducir a los deudores a proponer un plan aceptable, conviene disponer salvaguardias para prevenir el abuso cuando la liquidación no beneficie a todos los acreedores.

295. Si la aplicación del plan ha fracasado irremediablemente, el régimen de la insolvencia puede prever la transformación de la reorganización en liquidación. Si bien con ese criterio se tiene más certeza de la solución definitiva del procedimiento, esta modalidad puede causar más demoras y disminuir el valor del patrimonio, lo que daría lugar a que los acreedores percibieran menos de lo que les habría correspondido en una reorganización. Otra modalidad consiste en considerar que el procedimiento de insolvencia ha llegado a su fin y permitir que cada acreedor presente sus propias demandas. Esta modalidad no resuelve las dificultades financieras del deudor y podría desencadenar una pugna por los bienes de la empresa insolvente, que es precisamente lo que se trata de evitar con la apertura de procedimientos colectivos. Una modalidad intermedia puede ser conceder un plazo a los acreedores para que hagan otra propuesta y prever la liquidación únicamente en el caso de que no se elabore ningún otro plan. Cabe reconocer que llega un momento en que ya no es posible lograr los mejores resultados para todos los acreedores y hay que limitarse a hacer lo que es viable. Es conveniente, pues, que el régimen de la insolvencia tenga la suficiente flexibilidad para lograrlo.

j) Transformación de la reorganización en liquidación

296. En el transcurso del procedimiento de reorganización pueden surgir ciertas circunstancias en que convendría que el régimen de la insolvencia previera un mecanismo para transformar el procedimiento en liquidación. Es el caso, por ejemplo, de cuando no hay razón alguna para pensar que la empresa pueda rehabilitarse satisfactoriamente, o cuando es evidente que el deudor está abusando del procedimiento de reorganización, ya sea por no cooperar con el representante de la insolvencia (por ejemplo, ocultando información) o actuando de mala fe de algún otro modo (por ejemplo, efectuando transferencias fraudulentas). El representante de la insolvencia puede desempeñar un papel fundamental en el proceso de transformación por ser la parte que, con excepción del deudor o de la dirección de la empresa insolvente, posee el conocimiento más cabal de la entidad y con frecuencia se entera al comienzo del procedimiento de si ésta es o no viable. También puede ser razonable permitir a los acreedores o a la junta de acreedores (cuando se haya nombrado) que soliciten al tribunal la transformación del procedimiento por razones análogas. Además, se podría otorgar al tribunal la facultad de proceder de oficio.

297. Pueden establecerse distintas salvaguardias para impedir que se abuse del procedimiento de transformación. Una modalidad consiste en exigir que el procedimiento de reorganización se cumpla en determinado plazo (por ejemplo, en

los 120 días siguientes a su apertura) y no autorizar al tribunal a prorrogarlo. Si bien esa modalidad puede tener la ventaja de fijar un plazo que servirá de catalizador para la elaboración y aprobación del plan, también se correría el riesgo de imponer limitaciones arbitrarias que resultaran innecesarias o injustificadas en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando se tratara de un patrimonio ingente, en cuyo caso se necesitarían más de 12 meses) para elaborar el plan y de condenar al fracaso a un procedimiento de reorganización que podría prosperar si no fuera por ese plazo inflexible. Una variación de esa modalidad, encaminada a dar más facilidades a los acreedores, sería establecer un plazo inicial (tal vez de 60 a 90 días), que podría prorrogarse únicamente por votación de los acreedores (quizá sobre la base de un informe del representante de la insolvencia o de un experto independiente sobre la viabilidad de la reorganización) pero que no podría exceder en ningún caso de un determinado límite (por ejemplo, 120 días).

k) Liquidación de las deudas y cobro de los créditos

298. A fin de que la entidad reorganizada tenga las mayores posibilidades de salir adelante, el régimen de la insolvencia puede disponer la liquidación o modificación de las deudas y los créditos cuya liquidación o modificación se han previsto en el plan. El objetivo de esta modalidad es crear certidumbre comercial al otorgar carácter vinculante a la condonación, la anulación o la modificación de las deudas conforme al plan aprobado. El principio es particularmente importante para garantizar el cumplimiento del plan por parte de los acreedores que lo rechazaron o no participaron en el proceso de aprobación. También permite a los otros prestamistas y a los inversionistas saber con certeza que no tendrán que hacer frente a una liquidación imprevista ni a créditos ocultos o no declarados. Así pues, la liquidación establece de manera inequívoca que el plan aborda cabalmente los derechos jurídicos de los acreedores.

l) Conclusión del plan

299. Normalmente se consideraría que un plan de reorganización ha concluido cuando se ha ejecutado íntegramente o cuando el tribunal ordena que se le ponga fin por haber fracasado su ejecución. En este último caso, a fin de evitar que se perpetúe la insolvencia del deudor y no se resuelva su situación financiera, el tribunal también puede disponer que el procedimiento de reorganización se transforme en liquidación.

2. Planes de reorganización: resumen y recomendaciones

1) Las disposiciones relativas al plan de reorganización tienen por objeto:

a) Facilitar las negociaciones entre el deudor, sus acreedores y demás partes interesadas a efectos de hacer frente a las dificultades financieras del deudor conforme a un plan de reorganización;

b) Vincular jurídicamente al plan de reorganización a todos los acreedores y al deudor;

c) Regular la ejecución del plan de reorganización;

d) Abordar las consecuencias que entrañaría el hecho de que no se presentara un plan aceptable, de que fuese imposible hacer aprobar el plan por los acreedores, o de que fracasara la ejecución del plan;

e) Transformar el procedimiento de reorganización en liquidación en determinadas circunstancias;

f) Liquidar las deudas y los créditos.

2) El plan de reorganización puede proponerse inmediatamente después de presentar una solicitud de procedimiento de insolvencia o después de la apertura del procedimiento. Si se necesita un plan de reorganización para presentar la solicitud, deberá prepararlo el deudor.

3) Si el plan de reorganización se ha de elaborar después de la apertura del procedimiento, es indispensable aplicar un criterio flexible en lo que respecta a regular su formulación, en la que pueden llegar a intervenir todas las partes importantes en el procedimiento de insolvencia: el deudor, los acreedores y el representante de la insolvencia. Por ejemplo, podría disponerse que se otorgue al deudor un período de exclusividad para proponer un plan, durante el cual tendrá que consultar a los acreedores y al representante de la insolvencia. Si después de expirar el período de exclusividad el deudor no ha podido proponer un plan aceptable, se podría ofrecer la oportunidad de presentar un plan a uno o más acreedores, a la junta de acreedores en consulta con el representante de la insolvencia, o a este último.

4) El régimen de la insolvencia puede precisar el contenido mínimo del plan de reorganización teniendo presentes las disposiciones de otras leyes pertinentes. Podría comprender [una exposición de la situación financiera del deudor con pormenores sobre el activo y el pasivo y la corriente de efectivo; información detallada sobre las propuestas exactas incluidas en el plan; datos concretos sobre lo que percibirían los acreedores (y por qué percibirían más que en una liquidación) y cómo podría mantener la empresa sus operaciones comerciales y reorganizarse satisfactoriamente].

5) A efectos de un plan de reorganización, los acreedores pueden clasificarse en función de la índole y el contenido de sus respectivos derechos.

6) Un plan de reorganización quedará aprobado si lo apoya:

a) La mayoría de los acreedores con prelación y de los acreedores garantizados (cuando sus derechos se vean afectados por el plan propuesto);

b) La mayoría de los acreedores no garantizados;

c) La mayoría de los accionistas de la empresa del deudor (cuando sus derechos se vean afectados por el plan propuesto).

7) A efectos de la aprobación del plan, se entenderá por mayoría la mitad del número de acreedores que voten efectivamente y dos tercios del valor de las deudas que les correspondan respectivamente.

8) El régimen de la insolvencia puede disponer que una mayoría de acreedores apruebe el plan de reorganización y éste sea vinculante para las

categorías de acreedores disconformes (disposición sobre imposición *cram−down*).

9) El régimen de la insolvencia puede disponer que un tribunal u órgano administrativo competente confirme el plan de reorganización a fin de que adquiera carácter vinculante para los acreedores. El tribunal podrá tener la facultad de confirmar el plan cuando:

a) los intereses de los acreedores disconformes queden protegidos debidamente;

b) el plan sea viable;

c) [*por otro motivo*].

10) Los acreedores disconformes podrán impugnar el plan si consideran que hubo fraude en el proceso de aprobación (por ejemplo, que se proporcionó información falsa o equívoca o que se ocultó información importante sobre el plan) o irregularidades en la votación (por ejemplo, que participaron acreedores con conflicto de intereses o que la decisión de aprobar el plan era incompatible con los intereses de los acreedores en general).

11) El tribunal estará facultado para supervisar la aplicación del plan o para autorizar que haga lo propio un supervisor o el representante de la insolvencia cuando sea necesario.

12) Se debe disponer la modificación del plan cuando éste no logre el nivel de apoyo necesario para su aprobación o, después de la aprobación, si se considera que la ejecución ha fracasado o se determina que el plan es imposible de ejecutar.

13) El régimen de la insolvencia debe abordar la cuestión de la liquidación de deudas y créditos sobre la base de lo previsto para el plan de reorganización.

14) El régimen de la insolvencia debe disponer que se ponga fin al plan cuando haya concluido su ejecución o, cuando ésta fracase y el plan no se pueda modificar, con objeto de que el procedimiento de reorganización se transforme en liquidación.

G. Documento de trabajo relativo a los procedimientos oficiosos de insolvencia alternativos: observaciones de la Commercial Finance Association, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.59) [Original: inglés]

1. El 19 de octubre de 2001, la Secretaría recibió las observaciones de la Commercial Finance Association sobre los procedimientos oficiosos de insolvencia. El texto de las observaciones se reproduce en el anexo de la presente nota.

Anexo

Procedimientos oficiosos de insolvencia

I. Introducción

1. La Commercial Finance Association (en adelante, la "CFA") tiene el agrado de presentar al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el presente memorando relacionado con su examen de la conveniencia o viabilidad de adoptar medidas legislativas sobre los procedimientos oficiosos de insolvencia. El presente memorando constituye una respuesta al informe del Secretario General sobre los enfoques alternativos de los procedimientos de insolvencia extrajudiciales (A/CN.9/WG.V/WP.55).

2. Para información de los lectores, la CFA, es una asociación comercial de instituciones financieras que prestan servicios de financiación comercial y facturaje basados en activos a diversas empresas prestatarias. Aunque la mayor parte de los miembros de la CFA tiene su sede en América del Norte, muchos están situados o tienen filiales o sucursales fuera de América del Norte o son propiedad de empresas radicadas fuera de esa región. Entre los casi 300 miembros de la CFA figuran, en esencia, todos los grandes bancos establecidos en las principales plazas financieras e importantes bancos regionales, así como otros prestamistas comerciales grandes y pequeños en América del Norte. Los miembros de la CFA suministran financiación a empresas a escala internacional, nacional, regional y local. El funcionamiento y crecimiento de la mayor parte de los prestatarios atendidos por los miembros de la CFA dependen de una financiación garantizada. Aunque las empresas utilizan gran parte de esa financiación como capital circulante, una cantidad sustancial sirve para financiar la adquisición de otras empresas. La financiación que brindan los miembros de la CFA se suele garantizar mediante diversas formas de garantía prendaria personal o consistente en bienes raíces cuyos propietarios son los prestatarios o sus avalistas, y esas garantías prendarias abarcan cuentas por cobrar, existencias, equipo, bienes inmuebles, propiedad intelectual y los valores de inversión. El año pasado, los miembros de la CFA suministraron financiación garantizada por un total de más de 340.000 millones de dólares de los EE.UU.

3. En los últimos años, los miembros de la CFA han hecho cada vez más préstamos transfronterizos, incluidos los basados en el valor de garantías prendarias situadas en otras jurisdicciones y expresadas en la correspondiente moneda nacional. Ese aumento de las actividades de préstamos transfronterizos se deriva naturalmente de la mayor globalización de los prestamistas, fomentada por la reducción de las barreras comerciales y los avances explosivos de la tecnología.

II. Análisis

4. En general, la CFA estima que tal vez sea conveniente elaborar procedimientos de insolvencia como medio de promover la disponibilidad de créditos a más bajo costo en los Estados que adopten esos procedimientos. En opinión de la CFA, el objetivo central de cualquier conjunto de procedimientos debería ser el establecimiento de un mecanismo para aplicar, de manera eficiente y rentable, y sin los gastos y la demora inherentes a los típicos procedimientos judiciales de insolvencia, un acuerdo sobre la reestructuración de las deudas de una empresa deudora (un "prestatario"), que hagan suyos todos o prácticamente todos los acreedores del prestatario (excepto sus acreedores comerciales).

5. Si un objetivo importante de los procedimientos de insolvencia es promover la disponibilidad de créditos garantizados, la CFA opina que no deben surgir, en virtud de los procedimientos, circunstancias en las que los prestamistas garantizados estén en peor situación, de conformidad con esos procedimientos, de lo que estarían de conformidad con el régimen interno de la insolvencia. En consecuencia, la CFA sugiere que, en los procedimientos, no se menoscaben, sin el consentimiento del prestamista garantizado, los derechos de éste, incluido su derecho a presentar un recurso, con respecto a su garantía prendaria o al valor de esa garantía. Así pues, por ejemplo, en los procedimientos se deberían salvaguardar los derechos del prestamista garantizado con respecto a: a) el producto de su garantía prendaria y b) los bienes adquiridos posteriormente, y no se debería exigir al prestamista garantizado que levante o intercambie su garantía prendaria sin recibir una garantía prendaria sustitutoria apropiada. Además, si durante el proceso de reestructuración se utiliza parte de la garantía prendaria del prestamista garantizado, en los procedimientos se debe prever una compensación razonable al prestamista garantizado por cualquier disminución del valor de la garantía prendaria que se derive de esa utilización. Además, en los procedimientos no se deberían frustrar, sin el consentimiento del prestamista garantizado, las expectativas razonables de éste, reconocidas en sus documentos relativos al préstamo, con respecto a la elección del derecho o el foro aplicable.

6. La CFA estima que se debe reconocer en los procedimientos, para que sean eficaces, la facultad del tribunal competente en materia de insolvencia para: a) suspender temporalmente las demandas de los acreedores contra el prestatario y sus bienes, b) obligar a los acreedores disidentes a acatar el plan de reestructuración y c) impedir que el prestatario se retire de un plan de reestructuración al que ha dado anteriormente su consentimiento. De ello se desprende que los procedimientos no deben constituir un conjunto de principios básicos, sino formar parte de la legislación (lo idóneo sería que formaran parte de las leyes relativas a los procedimientos judiciales de insolvencia, y no que figuraran en una ley distinta).

7. Además, para promover la utilización de los procedimientos de insolvencia en una determinada jurisdicción, se debería autorizar al tribunal competente en materia de insolvencia a aplazar sus propias actuaciones en favor de las negociaciones de reestructuración pendientes que se celebran de conformidad con los procedimientos, si el tribunal determina que las perspectivas de éxito de las negociaciones son realistas y la reestructuración propuesta serviría los intereses de los acreedores en general. Se deberían incorporar también en los procedimientos medios rápidos de lograr que la reestructuración propuesta se examine y apruebe judicialmente.

8. La CFA estima además que se debería incorporar a los procedimientos de insolvencia un mecanismo para financiar las operaciones del prestatario durante las negociaciones de reestructuración, otorgando la prioridad adecuada y protegiendo también de forma adicional a las partes que suministren esa financiación. Sin embargo, esa financiación debería ser posible sin perjuicio del derecho de los prestatarios garantizados existentes a no suministrar esa financiación (en adelante, los "prestamistas que eligen no suministrar financiación"). En consecuencia, la CFA sugiere que: i) no se conceda ninguna prenda superior a la de los prestatarios que eligen no suministrar financiación sin el consentimiento de esos prestatarios, a menos que tales prestatarios ya tengan o reciban una garantía prendaria cuyo valor sea sustancialmente superior al de la suma que se les adeuda, y ii) no se conceda ninguna prenda inferior a las prendas en poder de los prestatarios que eligen no suministrar financiación, a menos de existir disposiciones en materia de subordinación y moratoria que los prestatarios que eligen no suministrar financiación estimen razonablemente aceptables.

9. Si un prestatario garantizado prefiere retirarse del proceso de reestructuración, debe tener la posibilidad de hacerlo de forma acelerada (y de obtener, así, judicialmente, una exoneración de cualquier suspensión), luego de demostrar que la reestructuración propuesta lo perjudicaría. Esa exoneración acelerada debería estar disponible incluso si la garantía prendaria del prestatario garantizado es un elemento esencial de la reestructuración. El prestatario garantizado debería poder obtener la exoneración en cualquier foro al que hubiera podido recurrir de acuerdo con los documentos relativos al préstamo y con la demás legislación aplicable.

III. Conclusión

10. La CFA estima que la elaboración de procedimientos de insolvencia compatibles con los principios que anteceden alentaría a los prestatarios garantizados a suministrar financiación en las jurisdicciones que aprueben esos procedimientos. En cambio, la CFA también estima que los procedimientos en que no se reconozcan esos principios tendrán un efecto disuasorio en los préstamos garantizados, en la medida en que esos procedimientos frustrarían las expectativas razonables de los prestatarios garantizados respecto del reconocimiento de sus derechos, incluido su derecho a presentar un recurso, en virtud del régimen interno de la insolvencia y de cualquier otra norma aplicable a los derechos de los acreedores.

H. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 26º período de sesiones (Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2002) (A/CN.9/511) [Original: inglés]

Índice

	Párrafos	*Página*
I. Introducción	1-14	641
II. Deliberaciones y decisiones	15-16	643
III. Preparación de un proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	17-125	643
A. Observaciones generales	17	643
B. Primera parte. Principales objetivos	18-25	644
C. Segunda parte. Disposiciones básicas	26-125	645
1. Introducción	26-27	645
A. Estructura [organización] del régimen de la insolvencia	26-27	645
2. Presentación de la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia	28-37	645
A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción	28-29	645
B. Criterios para la presentación de una solicitud y la declaración de apertura de un procedimiento	30-37	646
3. Régimen aplicable a los bienes a la apertura del procedimiento	38-74	647
A. Bienes que se verán afectados	38-40	647
B. Amparo y preservación de la masa de la insolvencia	41-44	648
C. Utilización y disposición de los bienes	45-49	649
D. Régimen aplicable a los contratos	50-56	650
E. Acciones de impugnación	57-68	651
F. Compensación global por saldos netos y derechos de compensación y contratos financieros	69-74	653
4. Participantes e instituciones	75-94	654
A. El deudor	75-81	654
B. El representante de la insolvencia	82-88	656
C. Acreedores	89-93	657
D. Marco institucional	94	658
5. Administración del procedimiento	95-106	658
A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores	96-105	658
B. Financiación negociada con posterioridad a la apertura del procedimiento	106	660
6. Reorganización: cuestiones adicionales	107-125	660
A. El plan de reorganización	107-121	660
B. Procedimiento agilizado de reorganización	122-125	663
IV. Otras cuestiones	126-129	664
A. Intersección entre la labor del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y la labor del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)	126-127	664
B. Estado de los preparativos de la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	128-129	664

I. Introducción

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, tuvo a su disposición una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible futura labor en la esfera del régimen de la insolvencia. Esa propuesta había recomendado que, en vista del carácter universal de su composición, del éxito de su labor anterior sobre la insolvencia transfronteriza y de sus sólidas relaciones de trabajo con otras organizaciones internacionales interesadas o especializadas en el régimen de la insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para debatir las cuestiones relacionadas con el régimen de la insolvencia. La propuesta urgía que la Comisión estudiara la posibilidad de encargar a un grupo de trabajo el desarrollo de un régimen modelo de la insolvencia para sociedades mercantiles con el fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces en esta esfera.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia que un país había adoptado se había convertido en un factor decisivo a la hora de evaluar la solidez de su mercado crediticio. Se manifestó inquietud, no obstante, ante la dificultad de elaborar un régimen internacional de la insolvencia, que respetara opciones sociopolíticas delicadas y potencialmente divergentes. En vista de estas dificultades, se expresó el temor de que no fuera posible llevar a buen fin los trabajos. Se dijo que no era nada probable que resultase posible hacer una ley modelo universalmente aceptable, por lo que haría falta adoptar un enfoque flexible que dejara diversas opciones abiertas a los Estados. Si bien se expresó apoyo en la Comisión a favor de esa flexibilidad, se convino en que la Comisión no podía comprometerse a crear un grupo de trabajo para preparar una ley modelo o algún otro texto sin un ulterior estudio de la labor ya realizada por otras organizaciones y la consideración de las cuestiones pertinentes.

3. Para facilitar ese ulterior estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones exploratorio de un grupo de trabajo para preparar una propuesta de viabilidad a efectos de someterla a la consideración de la Comisión en su 33º período de sesiones.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que el Grupo de Trabajo había hecho en el informe del período de sesiones exploratorio (A/CN.9/469, párr. 140), celebrado del 6 al 17 de diciembre de 1999 en Viena y dio al Grupo el mandato de preparar una exposición completa de los principales objetivos y características básicas de un régimen de la insolvencia eficiente, que regulara la relación del deudor con sus acreedores, al tiempo que examinaba la reestructuración por vía extrajudicial de la empresa deudora, así como de preparar una guía legislativa que ofreciera enfoques flexibles para la aplicación de esos objetivos y características, incluido un análisis de los diversos enfoques posibles y de los beneficios e inconvenientes que se apreciaban en relación con ellos.

5. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo (BAsD), la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia

(INSOL International) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados (AIA). A fin de conocer las opiniones y de beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la secretaría de la CNUDMI, en colaboración con la INSOL International y con la AIA, organizó, del 4 al 6 de diciembre de 2000 en Viena, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI/INSOL/Asociación Internacional de Abogados.

6. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición el informe del coloquio (A/CN.9/495).

7. La Comisión tomó nota con satisfacción del informe y encomió la labor realizada hasta el momento, en particular la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con los trabajos llevados a cabo por otras organizaciones internacionales en la esfera del régimen de la insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, en particular con respecto a la forma que había de darse al texto preparado y a la interpretación del mandato dado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato debía ser interpretado en sentido lato a fin de conseguir que el texto preparado resultara apropiadamente flexible, debiéndosele dar la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que la guía fuera demasiado general o abstracta para impartir la orientación requerida, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera presente la necesidad de ser tan concreto como fuera posible en el desarrollo de su labor. Con ese fin, debía contener, en la medida de lo posible, disposiciones legislativas modelo, incluso aunque sólo trataran algunas de las cuestiones que habían de figurar en la guía.

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia comenzó la preparación de una guía legislativa del régimen de la insolvencia en su 24º período de sesiones (Nueva York, 23 de julio a 3 de agosto de 2001) y continuó su labor en su 25º período de sesiones (Viena, del 3 al 14 de diciembre de 2001). Los informes de estas reuniones figuran en los documentos A/CN.9/504 y A/CN.9/507.

9. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, compuesto por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 26º período de sesiones del 13 al 17 de mayo de 2002 en Nueva York. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Burkina Faso, Canadá, China, Colombia, España, los Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, México, Singapur, Suecia, Sudán y Tailandia.

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Dinamarca, Filipinas, Gabón, Iraq, Irlanda, Jordania, Malta, Nigeria, Nueva Zelandia, Portugal, República de Corea y Suiza.

11. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes instituciones especializadas y otras organizaciones internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Organización Internacional del Trabajo, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial; b) organizaciones intergubernamentales: Liga de los Estados Árabes, Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo; c) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: American Bar Association, American Bar Foundation, Groupe de reflexion sur l´insolvabilité et sa prévention, Asociación Internacional de Abogados (AIA), Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL

International), International Insolvency Institute, International Law Institute, Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia.

12. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Wisit WISITSORA-AT (Tailandia);

Relator: Jorge PINZÓN SÁNCHEZ (Colombia).

13. Obraron en poder del Grupo de Trabajo una Nota de la Secretaría: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add. 1 y 2).

14. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

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

II. Deliberaciones y decisiones

15. En el presente período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia continuó su labor preparatoria de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, conforme a las decisiones adoptadas por la Comisión en sus períodos de sesiones 33º (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000)[1] y 34º (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001)[2] y del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en sus períodos de sesiones 24º y 25º. Las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo relativas a esa guía legislativa se exponen más adelante.

16. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de la guía, basada en esas deliberaciones y decisiones, a fin de presentarla al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 27º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002) para volver a examinarla y continuar las deliberaciones.

III. Preparación de un proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

A. Observaciones generales

17. El Grupo de Trabajo sugirió que el procedimiento de reorganización debía ser analizado más claramente en las recomendaciones y que se había de explorar la vía de reorganización antes de proceder a la liquidación. También se sugirió que las

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 400 a 409.

[2] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/56/17), párrs. 296 a 308.

secciones C y D del capítulo V debían trasladarse del capítulo sobre la administración del procedimiento de insolvencia a una parte subsiguiente, que se ocupara de la resolución del procedimiento. Otra sugerencia fue la de que las recomendaciones debían figurar tanto en un anexo o texto separado del proyecto de guía como, a lo largo de todo el documento, tras cada sección pertinente del comentario analítico.

B. Primera parte. Principales objetivos

18. Como observación general, se observó que las recomendaciones se centraban en la protección de los acreedores y no mencionaban la protección del deudor, que era un aspecto igualmente importante del régimen de la insolvencia.

19. En cuanto a la estructura de la primera parte, se expresó apoyo a favor de que se agruparan las recomendaciones en forma de preámbulo para exponer la finalidad y los objetivos de la guía. Ese preámbulo establecería un marco general de las recomendaciones que luego se analizarían y serviría asimismo como herramienta útil de interpretación.

20. Se hicieron varias sugerencias en cuanto al contenido de las recomendaciones 1 a 7. Se sugirió que la recomendación 1 debía centrarse más claramente en las opciones de liquidación o de reorganización y omitir las palabras que seguían a “inviables” en la segunda línea. No recibió apoyo una propuesta de incluir una referencia a la necesidad de dar plena consideración a la protección de los empleados en la recomendación 1.

21. El Grupo de Trabajo convino en general en que en la recomendación 3 se retuviera el término “igualmente” o “por igual” en lugar de “equitativamente” con respecto a los acreedores con créditos de igual rango, mientras que el término “equitativamente” era más pertinente en el contexto de la recomendación 6 y del régimen aplicable a las diversas categorías de acreedores y que tal uso de estos términos debía mantenerse a lo largo de todo el proyecto de guía.

22. Se expresó apoyo general a favor de incluir en la recomendación 5 una referencia a la presentación periódica de información a los acreedores, por quienes supervisan el proceso de insolvencia, en lo relativo a la situación financiera del deudor y a la marcha del procedimiento.

23. En el contexto de la recomendación 6, se observó que la protección de los empleados era de particular importancia en un régimen de la insolvencia y que debían ser mencionados concretamente como una categoría de acreedores merecedora de particular atención. Si bien esta propuesta recibió algún apoyo, el Grupo de Trabajo fue generalmente de la opinión que, aunque la protección de los empleados era una cuestión de cierta importancia (particularmente en cuanto se refiere al cumplimiento de obligaciones internacionales) no procedía hacer referencia a una categoría particular de acreedores en la recomendación 5, por introducir un sesgo de política que no debía figurar entre los objetivos generales. Se observó que, en su forma actual, la referencia que se hacía a los acreedores abarcaría a los empleados con créditos y que la cuestión de la protección debida a los empleados se examinaría más en detalle en el marco de las secciones sobre el régimen aplicable a los contratos y la distribución.

24. Hubo apoyo general a favor de retener la recomendación 7 para estimular y promover la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

25. Se sugirieron, a título de nuevas recomendaciones, la de que todos los créditos de los acreedores debían examinarse en un único procedimiento de insolvencia, y la de que el régimen de la insolvencia debía alentar la búsqueda de un acuerdo o solución amigable de las dificultades financieras del deudor que evitara la apertura del procedimiento de insolvencia.

C. Segunda parte. Disposiciones básicas

1. Introducción

A. Estructura [organización] del régimen de la insolvencia

26. Se sugirió, respecto de la recomendación 8, que la Guía debía explicar mejor y recomendar ciertas modalidades de organización de los diferentes procedimientos en el régimen de la insolvencia.

27. Se sugirió enmendar el texto de la recomendación 9 referente a la facultad de que gozaría el deudor para convertir un procedimiento de liquidación en otro de reorganización para que dicho texto mencionara la necesidad de prever, en el régimen de la insolvencia, algún mecanismo para la conversión de un procedimientos en otro.

2. Presentación de la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción

28. A título general se observó que el proyecto de guía debía indicar más claramente cuál de las recomendaciones sería aplicable a la liquidación o a la reorganización, o a uno y otro procedimiento.

29. Se observó que la recomendación 13 podía entrar en conflicto con el artículo 28 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza que preveía la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre la base de la presencia de bienes del deudor en el territorio del foro. Como respuesta, se sugirió que debía establecerse una distinción entre el proyecto de guía y la Ley Modelo basada en que esta última se refería a la apertura de procedimientos auxiliares en lugares donde se diera la presencia de dichos bienes, en supuestos en los que se hubiera abierto ya el procedimiento principal en otro lugar, mientras que la recomendación 13 se refería únicamente a la apertura del procedimiento principal. Se notó, sin embargo, que puesto que algunos regímenes de la insolvencia preveían la apertura de un procedimiento dondequiera que hubiera bienes del deudor, tal vez procediera adoptar un enfoque más flexible en el proyecto de guía. Se sugirió que entre las recomendaciones debía figurar una declaración general del principio enunciado en el párrafo c) de la cláusula de finalidad, es decir que el régimen de la insolvencia debe ocuparse de determinar lo que constituye un factor de conexión suficiente

entre el deudor y un Estado para que dicho deudor quede sujeto a su régimen de la insolvencia. Convendría entonces añadir otra recomendación en el sentido de que, si bien cabe adoptar diferentes enfoques para identificar esos factores de conexión, entre ellos deberán figurar, como mínimo o a título de ejemplo, los expuestos en la recomendación 13, en sus apartados a) y b).

B. Criterios para la presentación de una solicitud y la declaración de apertura de un procedimiento

30. Se expresó apoyo general a favor de modificar la referencia a "inexpensive" (poco costosos; "económicos" en la versión española), en el apartado c) de la cláusula de finalidad, sustituyéndola por "eficientes en función de su costo".

31. Se expresó inquietud ante la referencia en la recomendación 17 a) a la futura incapacidad del deudor para pagar sus deudas, por la dificultad de probar ese criterio y la necesidad de establecer algún elemento para determinar la inminencia de esa incapacidad. Se sugirió que, si la incapacidad de pagar no era inminente, el deudor debería procurar resolver su posición mediante negociaciones informales, y no abriendo un procedimiento en regla. En respuesta a esto, se observó que la negociación no era siempre posible frente a ciertos tipos de instrumentos financieros que exigían la unanimidad para modificar las condiciones del reembolso.

32. Una opinión contraria fue la de que la recomendación debía quedar como estaba a fin de alentar al deudor a presentar la solicitud de apertura voluntaria en una etapa temprana de sus dificultades, conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo como elemento clave del régimen de la insolvencia. Se sugirió en apoyo de ese parecer que si una disposición redactada en ese sentido se prestaba a abuso por parte del deudor, ese abuso debería tratarse en términos de las consecuencias de la solicitud y no en términos de los criterios para la declaración de apertura.

33. También se expresó inquietud respecto de la recomendación 18 al temerse que el impago de una sola deuda diera lugar a la aplicación de la presunción, aun cuando se tratara de una deuda controvertida o frente a la cual existiera un derecho de compensación. Para atender a esas preocupaciones se sugirió insertar en la recomendación palabras que precisaran que la deuda que se alegara no podía ser una deuda que fuera objeto de impugnación legítima o de compensación por una cantidad igual o superior al monto de la deuda. Tal propuesta fue objeto de cierto apoyo. Con respecto al número de acreedores no pagados, se expresó cierto apoyo a favor de exigir que hubiera más de un acreedor en esa situación. Como respuesta, se sugirió que lo importante no era el número de acreedores sino la cuantía de la deuda impagada y la relación entre los bienes del deudor y sus deudas. Se observó, no obstante, que posiblemente habría que adoptar enfoques diferentes con respecto a esas cuestiones en diferentes países para reflejar distintas etapas de desarrollo económico, así como el predominio de diferentes tipos de instrumentos financieros y otros factores análogos.

34. Otro motivo de preocupación era que, en su forma actual, la recomendación 18 no dejaba claro cómo el deudor podría defenderse de esa presunción. Como respuesta se sugirió que las recomendaciones 20 b) y 23 ofrecían al deudor la posibilidad de refutar la presunción demostrando que era capaz de pagar sus deudas, que la deuda impagada era cuestionable o que no estaba vencida y otros hechos

pertinentes que el tribunal tendría que evaluar antes de declarar abierto un procedimiento de insolvencia. Se observó que la finalidad de la recomendación era dar una oportunidad a los acreedores para obligar al deudor a demostrar que no había motivo alguno para someterlo al régimen de la insolvencia.

35. Después del debate, el Grupo de Trabajo acordó que, a fin de atender a las diferentes opiniones expresadas, la recomendación debía indicar que el régimen de insolvencia "podrá", en vez de "deberá", establecer una presunción, y debía mencionar las circunstancias que se habían de dar para abrir un procedimiento, en particular el número de acreedores no pagados o la cuantía de la deuda impagada.

36. Se expresó apoyo a favor de que se retuvieran en la recomendación 21 las palabras entre corchetes a título de ejemplos de cómo se había de efectuar la notificación y de que se hiciera referencia a otros medios de notificación como podría ser a través de algún registro electrónico autorizado al efecto. Otra sugerencia que obtuvo apoyo fue la de que la recomendación 21 contemplara únicamente la notificación que había de darse al público en general, mientras que la recomendación 22 se ocuparía de la notificación que había de darse a los acreedores, fueran o no conocidos. Otra sugerencia, que obtuvo apoyo, fue la de que se indicara la información que había de darse en la notificación a los acreedores en una recomendación aparte, que sería aplicable, a título de requisito legal, tanto a la notificación dada a los acreedores en general como a la que se diera a los acreedores conocidos.

37. Respecto de las palabras de apertura de la recomendación 23, se sugirió hacer una distinción entre la denegación de la solicitud de apertura y el sobreseimiento de un procedimiento abierto, especialmente en supuestos en los que los criterios de apertura funcionen de modo automático, como se mencionaba por ejemplo en la recomendación 19 a). Hubo apoyo general a favor de formular dos recomendaciones, una que se ocupara de la denegación de apertura conforme a lo previsto en la recomendación 23 y otra que se ocupara del sobreseimiento del procedimiento por alguno de los motivos enunciados en los apartados a) y b) de la recomendación 23. Obtuvo apoyo una propuesta de que se añadiera un motivo adicional que recogiera lo que se había dicho en el Grupo de Trabajo respecto de la denegación de una solicitud basada en una deuda impagada que fuera objeto de una controversia legítima o de buena fe. El Grupo de Trabajo convino en que era preferible el texto insertado en el segundo par de corchetes del apartado b), por lo que debería retenerse, y que cabría añadir un subtítulo a esa recomendación.

3. Régimen aplicable a los bienes a la apertura del procedimiento

A. Bienes que se verán afectados

38. Respecto de lo dispuesto sobre los bienes que se verán afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia, se sugirió que debería hacerse una distinción según que ese procedimiento fuera de liquidación o de reorganización, ya que tal vez difieran los bienes que se verán afectados por la apertura de uno u otro tipo de procedimiento. Se respondió que ese enfoque podía dar lugar a una distinción artificial que se prestara a abuso por parte de los deudores. Se observó además que la distinción entre uno u otro procedimiento sería más importante

respecto del régimen aplicable a los bienes de la masa que respecto de la determinación de cuáles habrán de ser esos bienes.

39. Respecto de la recomendación 24 a), el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la ubicación de los bienes que serían objeto de un procedimiento y si procedía que la recomendación adoptara un criterio universal que abarcara todos los bienes "dondequiera que estuvieran situados". Se expresó cierta inquietud respecto de ese criterio, así como respecto de si la guía debía abordar la cuestión de cuál sería la ley aplicable a los bienes, particularmente a bienes que estuvieran constituidos en garantía.

40. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que cabría atender a esas inquietudes revisando el texto de la recomendación como sigue: "El régimen de la insolvencia debe definir los bienes que deberán formar parte de la masa de la insolvencia" que tal vez incluya bienes de las categorías mencionadas en los apartados a) y b) de la recomendación 24, indicando claramente si el criterio legal adoptado para la determinación de los bienes era de índole territorial o universal. Se expresó asimismo apoyo a favor de la propuesta de que la Guía aclarara el trato que había de darse a los bienes que estuvieran en posesión del deudor a raíz de un contrato y que se hablara asimismo de todo bien recuperado por medio de una acción de impugnación y de los bienes que fueran recuperables, por ejemplo, caso de otorgarse indemnización a resultas de una acción por daños.

B. Amparo y preservación de la masa de la insolvencia

41. Respecto de la recomendación 26 a), se expresó cierta inquietud respecto del significado preciso de la palabra "ejecución" y se sugirió que ese párrafo hablara de "toda medida ejecutoria o de índole similar contra los bienes de la masa de la insolvencia" a fin de aclarar así este punto. Se sugirió además que cabría utilizar una fórmula parecida en la recomendación 28 b). Se señaló que la recomendación 26 b) debería hablar de administración "o" liquidación de la totalidad o parte de los bienes del deudor, pese a que se cuestionó la necesidad de que se abordara en esa recomendación la liquidación de los bienes. Respecto del texto que seguía a "... conservar el valor de bienes" se sugirió como posible alternativa el texto siguiente "de conformidad con el objetivo asignado al procedimiento de insolvencia", que sería aplicable tanto al procedimiento de liquidación como al de reorganización, sin necesidad de indicar los diversos supuestos enunciados en la recomendación 26 b).

42. Se expresó igualmente inquietud respecto de si las recomendaciones serían aplicables, conforme a su texto actual, a los acreedores garantizados. Para resolver esta cuestión, se sugirió insertar en la recomendación 28 a) las palabras "así como la constitución o la ejecución de una garantía real". A fin de aclarar este punto se hizo ver la diferencia entre el texto de la recomendación 28 c) y el del artículo 20 de la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza, en la que esa recomendación estaba basaba. A fin de aclarar esa inquietud, se sugirió enmendar el texto de la recomendación 28 c) para que dijera "se suspenda todo derecho a transmitir o agravar los bienes de la masa de la insolvencia, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes". En el curso del examen de la recomendación 28 a), se observó que en algunos países la paralización o la suspensión no sería aplicable a la interposición o el seguimiento de una acción judicial, sino a la ejecución de toda

resolución a la que diera lugar ese procedimiento. Se observó que ese enfoque estaba ya reflejado en el párrafo 3 del artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza.

43. Respecto de la recomendación 32, se sugirió retener los dos textos que figuraban entre corchetes en su apartado a).

44. Se sugirió reformular la recomendación 33 a fin de que su texto enunciara el principio general de la protección del valor de los bienes gravados, mencionándose, únicamente a título de ejemplo, las medidas de amparo de esos bienes que la recomendación actualmente enumeraba.

C. Utilización y disposición de los bienes

45. Como cuestión de forma, hubo apoyo a favor de la propuesta de que se omitiera el apartado c) de la cláusula de finalidad toda mención del abandono o entrega de los bienes, y de que se mencionara únicamente el trato que había de darse a los bienes gravosos, así como, en términos tomados de la recomendación 38, a los bienes que se determine que carecen de todo valor para la masa de la insolvencia o cuyo valor no pueda ser materializado en un plazo razonable.

46. Se expresó cierta inquietud de índole genérica respecto de la definición de “representante de la insolvencia”, preguntándose si incluiría al deudor al que se dejara en posesión de los bienes. Se observó que esa cuestión sería examinada en un momento ulterior, cuando el Grupo de Trabajo considerara el glosario del proyecto de guía.

47. Se expresó inquietud de que no estuviera clara la relación existente entre la recomendación 35 y la recomendación 24, particularmente en lo relativo a si los bienes de terceros entrarían o no a formar parte de la masa de la insolvencia.

48. Respecto de la recomendación 36, se sugirió retener los dos textos que figuraban entre corchetes a fin de que se pusieran al servicio del procedimiento de insolvencia todos los bienes que sean provechosos o necesarios para dicho fin. Se expresó cierta inquietud respecto del significado de “bienes gravados por garantías reales”, preguntándose si esas palabras se referían únicamente, en el marco de la recomendación 36, a derechos reales. Se observó que entre los proyectos de recomendación figuraban recomendaciones relativas a la protección del acreedor garantizado (recomendaciones 32 y 33) y de toda contraparte en ciertos contratos con el deudor (recomendación 44). A fin de amparar a terceros, se propuso insertar ciertas disposiciones paralelas a continuación de la recomendación 36.

49. Se expresó cierto apoyo a favor de la propuesta de que en la segunda oración de la recomendación 39 se exigiera que toda venta privada quedara supeditada a supervisión judicial o a su aprobación por los acreedores. Respecto de esa aprobación por parte de los acreedores, se sugirió que se hiciera remisión a la sección relativa a los acreedores y al comité de acreedores. En respuesta a una sugerencia de que la recomendación estableciera una distinción entre las ventas efectuadas en el curso de un procedimiento de liquidación y las efectuadas en el curso de un procedimiento de reorganización, se observó que la finalidad de la disposición era resolver la cuestión de las ventas no efectuadas en el giro normal del negocio, con independencia de si el procedimiento era de liquidación o de

reorganización. Respondiendo a la pregunta de si cabía permitir que uno de los acreedores interviniera a título de comprador, se observó que no era conveniente poner restricciones sobre quién podía comprar bienes del deudor, y que lo único que era importante era que la venta respetara toda medida de amparo del valor del bien vendido, como las mencionadas en la recomendación 39. Se señaló además que esas medidas de amparo resultarían igualmente idóneas respecto de la recomendación 40.

D. Régimen aplicable a los contratos

50. Como cuestión formal, se expresó inquietud sobre el significado exacto de la frase "que el deudor o su contraparte no hayan cumplido plena o parcialmente" y sobre el alcance de la sección D. A este respecto, se aclaró que esta sección se ocupaba de todo contrato que hubiera sido incumplido por ambas partes y no meramente del supuesto de que una de las partes hubiera ya cumplido sus obligaciones y esperara que la otra parte le pagara. Se pidió a la secretaría de la CNUDMI que expresara más claramente esa idea en los proyectos de recomendación.

51. Se expresó apoyo a favor de que se redactara en términos imperativos la recomendación 42 y de que se incluyera, como categoría adicional c), el supuesto de la insolvencia o la debilitación financiera del deudor. Recordando lo dicho, al examinarse la protección de la masa de la insolvencia, de que muchos países habían extendido la paralización a toda contraparte en un contrato con el deudor, a fin de evitar que se pusiera fin a dicho contrato, hubo apoyo a favor de que se enunciara ese punto claramente en las recomendaciones a fin de velar por que se respetaran los contratos con miras a que el representante de la insolvencia tuviera tiempo para examinar la conveniencia o no de proseguirlos.

52. Respecto de las recomendaciones 43 y 45, se observó que en la recomendación 43 se enunciaba una condición para poder optar por proseguir un contrato mientras que la recomendación 45 presuponía que el derecho de rechazarlo era incondicional. Se sugirió limitar la aplicación de la recomendación 45 a todo contrato que resultara gravoso para la masa de la insolvencia.

53. Se expresó cierta inquietud respecto de que se incluyera el apartado b) de la recomendación 46 en razón de que parecía dar cierta ventaja a la parte que no hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales y que podía colocar al deudor insolvente en situación ventajosa respecto de una parte que hubiera seguido cumpliendo con sus obligaciones. Se respondió que el apartado b) podía ser útil en determinados casos, especialmente en supuestos de reorganización en los que el contrato considerado fuera esencial para el éxito de la misma. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que este asunto se había de examinar más en detalle y colocó el apartado b) entre corchetes.

54. Respecto de la recomendación 50, se observó que pese a que se mencionaba un plazo dentro del cual el representante de la insolvencia debería optar entre proseguir o rechazar un contrato, no se había previsto ninguna medida que la contraparte pudiera adoptar para solicitar una pronta decisión al respecto del representante de la insolvencia. Esa propuesta obtuvo apoyo.

55. Se expresaron diversos pareceres respecto de la necesidad de abordar la cuestión de la cesión de contratos. Según uno de esos pareceres el régimen de la

insolvencia no tenía por qué abordar esa cuestión que debería quedar al arbitrio del derecho general de los contratos. En sentido contrario se dijo que hacían falta ciertas reglas especiales relativas a la cesión en el marco de la insolvencia, especialmente en aquellos ordenamientos en los que no se permitía la cesión sin el consentimiento de la otra parte. Se observó que esas disposiciones respondían a la necesidad de retener para la masa de la insolvencia (y en provecho de sus acreedores) el valor de todo contrato que resultara rentable, con tal de que la contraparte no se viera perjudicada a resultas de la cesión. Para dicho fin, serían igualmente aceptables la variante A o la B. Según otro parecer la recomendación 53 de la variante A sería demasiado difícil de satisfacer, y bastaba con lo dispuesto en las recomendaciones 51 y 52 de esa misma variante. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en reflejar ambos pareceres en las recomendaciones de modo que cabría dejar la cesión al arbitrio de lo dispuesto en el derecho general de los contratos y cabría insertar ciertas reglas especiales al respecto en el régimen de la insolvencia. Se pidió a la secretaría de la CNUDMI que preparara textos revisados en ese sentido.

56. Respecto de la recomendación 54, se sugirió que su texto mencionara expresamente las operaciones financieras (abordadas en más detalle en la sección F), así como todo contrato de propiedad intelectual que fuera conveniente proseguir.

E. Acciones de impugnación

57. Con respecto a la cláusula de finalidad, se sugirió que el apartado a) no se ocupara tanto de la conservación de los bienes como de su restablecimiento o reconstitución. Se cuestionó el empleo de las palabras “fair treatment” (“trato equitativo”) a la luz de lo anteriormente dicho respecto de los principales objetivos y del trato “por igual” o del trato “equitativo” de las partes en un procedimiento. Entre las adiciones que se sugirió hacer en la cláusula de finalidad cabe citar la de un párrafo en el que se dijera que la finalidad de lo dispuesto en estas recomendaciones era dar certidumbre a terceros sobre las operaciones que pudieran ser impugnables, y un párrafo relativo al régimen aplicable a los pagos efectuados con anterioridad a la apertura del procedimiento que se hubieran efectuado en el giro normal del negocio. Se expresaron diversos pareceres sobre la necesidad de ocuparse de las operaciones posteriores a la apertura del procedimiento en la sección relativa a la impugnación, pero el Grupo de Trabajo convino en general en que esta cuestión debería ser tratada en la guía, en el contexto de recomendaciones como la 35 y la 57 d) o en la sección relativa al régimen aplicable a los contratos.

58. Se sugirió asimismo modificar el título de la sección a “actuaciones en materia de impugnación”.

59. Se observó respecto del apartado b) de la cláusula de la finalidad que la frase “en las que haya intervenido el deudor” pudiera resultar demasiado restrictiva, ya que pudiera haber operaciones relativas a bienes del deudor en las que el deudor no fuera parte.

60. Se sugirió respecto de la recomendación 56 sustituir el término “retrospectivamente” por “retroactivamente”.

61. Se expresaron diversos pareceres relativos a la recomendación 57. A título preliminar se observó que la referencia a que “pueda interponer procedimientos” en el encabezamiento pudiera no bastar para referirse a otras vías por las que cabía entablar una impugnación, como, por ejemplo, por vía de excepción a una acción relativa a determinados bienes, interpuesta por un demandante que no sea el representante de la insolvencia. Se sugirió además que el apartado a) debería hacer referencia, no sólo a la transmisión de bienes sino también a las obligaciones contraídas, y a toda operación que dejara al deudor en dificultades financieras o con escasez de bienes.

62. Una de las inquietudes expresadas respecto del apartado a) fue la de que la referencia a fraude pudiera no bastar para describir los tipos de operaciones a las que sería aplicable esa recomendación, por lo que convendría dar ejemplos de las operaciones contempladas y algunos indicadores objetivos de ese tipo de operaciones. Una inquietud conexa fue la de que el requisito de que hubiera intención fraudulenta efectiva pudiera no ser fácil de satisfacer y la de que tal vez fuera conveniente hacer referencia a supuestos en los que el tercero tuviera motivos para sospechar la índole fraudulenta de la operación. Se sugirió además que el requisito de fraude pudiera resultar demasiado preciso y circunscrito, por lo que se sugirió que tal vez procediera insertar requisitos complementarios como el de que la operación se hubiera efectuado de mala fe. Otra sugerencia fue la de que se suprimiera la palabra fraude y la de que se evitara el énfasis de esta sección en las características objetivas de la operación impugnada.

63. Respecto de la recomendación 61, se sugirió hacerla aplicable a las operaciones mencionadas en la recomendación 57 a).

64. Respecto de la determinación del plazo de sospecha en la recomendación 58, se sugirió que se hiciera referencia a la recomendación 62 y a la necesidad de prever un plazo más largo para las operaciones contempladas en la recomendación 57 a) en general, y no únicamente para aquellas en las que intervinieran partes con las que se mantuviera alguna relación subyacente.

65. Se expresó apoyo por el parecer de que la recomendación 65 era innecesaria en una sección relativa a la impugnación.

66. Respecto de la nota a pie de página 15, se observó que debería mencionarse también la noción de control del deudor y hacerse referencia a personas jurídicas y no meramente naturales.

67. Se sugirió que sería útil añadir en la recomendación 78 una referencia a la facultad de impugnar actos u operaciones sospechosas.

68. Se observó que la sección E no se ocupaba de la cuestión del régimen aplicable en un procedimiento de insolvencia al cesionario de un contrato impugnado que no devolviera los bienes a la masa de la insolvencia. Se observó que en algunos regímenes de la insolvencia no sería admisible una acción presentada por el cesionario.

F. Compensación global por saldos netos y derechos de compensación y contratos financieros

69. El Grupo de Trabajo examinó estos temas sobre el siguiente texto, que había sido revisado por la secretaría de la CNUDMI.

"F. Compensación global por saldos netos y compensación bilateral [documento de referencia: A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 116 a 123]

66) En general, los acuerdos de compensación global por saldos netos y de clausura de operaciones deben estar legalmente amparados y, en la medida de lo posible, no deben ser [revocables] [anulables].

a) Un derecho de compensación existente conforme a alguna norma del derecho general aplicable y ejercitado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia debe quedar excluido del régimen aplicable en materia de impugnación;

b) Tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia debe permitir que los acreedores y la masa de la insolvencia ejerciten todo derecho de compensación permitido con arreglo a la norma de derecho general o común que le sea aplicable y debe excluir el ejercicio de ese derecho de toda medida de paralización o suspensión de acciones individuales contra el deudor y del régimen por lo demás aplicable a los contratos.

G. Contratos financieros*

67) Pese a lo dispuesto en toda otra disposición de derecho general o común o del régimen de la insolvencia:

a) Al presentarse una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia contra un deudor, todo acreedor del deudor que sea parte en un contrato financiero en el que participe el deudor podrá poner término a dicho contrato;

b) Al presentarse una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia contra un deudor, todo acreedor del deudor que sea parte en un contrato financiero en el que participe el deudor podrá [invocar] [hacer valer] su garantía real y ejercitar todo derecho de compensación estipulado en dicho contrato financiero; y

c) Toda operación que se rija por un contrato financiero, y que esté respaldada por alguna garantía real conexa, no deberá quedar sometida ni a las disposiciones en materia de paralización y suspensión de toda actuación individual contra el deudor, ni a las disposiciones en materia de impugnación, salvo que sea manifiestamente fraudulenta.

* La definición, tomada de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, 2001, Artículo 5 k), dispone: Por "contrato financiero" se entenderá toda operación al contado, a término, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, bonos, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo sobre valores o de recompra o rescate

de títulos bursátiles, y cualquier otra operación similar a una de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, independientemente de si se efectuó o no en una bolsa, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas [*el subrayado indica texto nuevo*]."

70. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que la guía debería abordar estas cuestiones y recalcar la importancia de estas categorías de contrato y la complejidad de los arreglos que conllevaban.

71. En lo relativo al alcance de la gama de contratos financieros contemplados, se sugirió que la definición dada en la nota 16 era de alcance demasiado amplio, por lo que debería ser perfilada a fin de circunscribirla a aquellas operaciones que formaran parte de un contrato marco multilateral.

72. Se preguntó si el derecho de compensación descrito estaba limitado en su aplicación a esos contratos financieros o era de alcance más general. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que la compensación quedara limitada, en el marco de esas recomendaciones, a dichos contratos financieros, por lo que la Guía se ocuparía en términos más generales de la compensación, en otra sección. Se sugirió que la recomendación protegiera, en general, todo derecho de compensación nacido, en el marco de un contrato financiero, con anterioridad a la apertura y permitiera la compensación de operaciones posteriores a la apertura cuando se hiciera respecto de créditos recíprocos nacidos en el seno de un mismo acuerdo marco.

73. Respecto de la recomendación 67, se observó que sería necesario prever una excepción para los acuerdos concertados en un marco financiero únicamente cuando se dieran otras dos condiciones: a) no estuviera permitida la compensación de obligaciones financieras recíprocas, posteriores a la apertura; o b) cuando el régimen de la insolvencia facultara al representante de la insolvencia para ignorar toda cláusula de extinción de una relación contractual.

74. Se sugirió que se examinara cuidadosamente lo dispuesto para cerciorarse de que estuviera claramente expuesto y de que los países no introducirían disposiciones que perturbasen el funcionamiento sistémico de arreglos del tipo de la Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales (SWIFT) o de la cámara de compensación de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), respetando todo régimen especial, de esos sistemas, en materia de insolvencia o de revocabilidad de operaciones.

4. Participantes e instituciones

A. El deudor

75. Respecto del apartado a) de la cláusula de finalidad, se dijo que el texto entre corchetes se refería a las obligaciones de terceros. Hubo notable apoyo por que se abordara la cuestión de las obligaciones de terceros en el proyecto de guía. Si bien esas obligaciones pudieran conllevar la obligación de presentar toda entrada o anotación en libros o anotación contable perteneciente o relativa a determinado deudor y la de entregar todo bien del deudor que obre en posesión de un tercero, se

observó que las obligaciones de terceros pudieran diferir de la obligación correlativa del deudor. Por ejemplo, se señaló que tal vez fuera preciso definir la obligación de presentar información, refiriéndola más directamente a su importancia para el procedimiento que se estuviera siguiendo.

76. Se sugirió que dada la importancia de que el deudor participe en un procedimiento de reorganización, convendría sustituir, en la recomendación 70, la palabra “puede” por “debe”, sugerencia que fue respaldada. Se propuso asimismo que tal vez fuera preciso hacer alguna distinción al respecto entre la liquidación y la reorganización, ya que este último procedimiento requería una participación más activa del deudor, y la presentación de información sería en este supuesto más importante para el éxito del procedimiento.

77. Con respecto a la recomendación 71 se expresó apoyo a favor de que se añadieran algunas obligaciones adicionales, entre las que cabía citar la obligación de que el deudor no abandonara su lugar de residencia habitual, la de facilitar información sobre todo procedimiento judicial, administrativo o ejecutorio en curso, la de entregar ciertos bienes y documentación comercial, y la de presentar información sobre toda operación efectuada durante el plazo de sospecha. Con respecto a la entrega de bienes, se sugirió que sería preciso efectuar alguna remisión, al respecto, a la recomendación 24 y que sería preciso limitar su alcance a los bienes que formaran parte de la masa de la insolvencia, con independencia de que estuvieran situados en el propio país o en el extranjero. Respecto de los bienes sitos en el extranjero, se sugirió hacer referencia a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y a la conveniencia de que se nombrara un representante extranjero. Ambas sugerencias obtuvieron apoyo. Se sugirió también que se prestara cierta atención a la relación entre las recomendaciones 71 y 73 y a la conveniencia de indicar los supuestos en los que las diversas obligaciones serían de interés para cada una de las modalidades operativas mencionadas en la recomendación 73.

78. Se respaldó ampliamente la idea de incluir en el texto una recomendación suplementaria que remitiera a la recomendación 25 y mencionara el derecho del deudor a conservar los bienes personales necesarios para su subsistencia cotidiana.

79. El Grupo de Trabajo convino en que el deber de confidencialidad enunciado en la recomendación 72 se hiciera extensivo a la información que estuviera bajo control del deudor aunque perteneciera a un tercero y a la información relativa a los secretos comerciales, independientemente de si esa información pertenecía al deudor o a un tercero.

80. Recibió cierto apoyo la idea de suprimir la recomendación 73 c) por considerarse que describía un tipo de procedimiento muy especializado aplicable en el marco de una estructura judicial sumamente desarrollada. Se estimó que no debía recomendarse esa opción sin ofrecer considerables explicaciones e información de fondo. No obstante, se argumentó en sentido contrario que dado que la recomendación 73 se limitaba a enunciar distintas opciones, convenía mantener en el texto los tres párrafos. Sin embargo, se consideró necesario hacer algún tipo de referencia a los distintos niveles de supervisión que cabría prever en caso de adoptarse ese criterio, así como a los tipos de protección que implicaba.

81. Se apoyó la propuesta de mantener en la guía la recomendación 74 y de agregarle una frase conforme a la cual el régimen de la insolvencia debería prever asimismo la invalidez de toda medida adoptada por la que se incumpliera alguna

obligación. También se sugirió que la recomendación fuera aplicable a todo deudor, tanto si era un comerciante individual o una sociedad mercantil.

B. El representante de la insolvencia

82. Recibió cierto apoyo la idea de dar mayor relieve, en la recomendación 76, al nombramiento del representante de la insolvencia efectuado por los acreedores. Frente a los alegatos de que ese enfoque podía poner en entredicho la independencia del representante de la insolvencia, se señalaron al Grupo de Trabajo las salvaguardias ya previstas en las recomendaciones 77, 79 y 80 d). Pero, según otro parecer, la Guía ya velaba adecuadamente por los intereses de los acreedores, por lo que debía mantenerse el texto de la recomendación en su forma actual.

83. Con respecto a la recomendación 77, recibió cierto apoyo el argumento de que todo conflicto de intereses debería inhabilitar al representante de la insolvencia para actuar. Se replicó que si bien los conflictos de intereses debían hacerse públicos, correspondía en última instancia a los tribunales zanjar la cuestión de la inhabilitación o descalificación. Según una sugerencia suplementaria, cabría incluir en la recomendación el requisito de que el representante de la insolvencia fuera independiente de todo otro interés. Se propuso que esos requisitos sobre conflictos de intereses e independencia fueran igualmente exigibles respecto de toda persona empleada por el representante de la insolvencia.

84. Se propuso que las obligaciones del representante de la insolvencia enunciadas en la recomendación 78 fueran extrapoladas de las recomendaciones referentes al deudor y que se previeran las correspondientes obligaciones del representante de la insolvencia, como la de tomar posesión de los libros y registros de contabilidad. Entre las demás propuestas que contaron también con cierto apoyo cabe destacar la de que en las palabras introductorias se hiciera referencia a las obligaciones generales de maximizar el valor y de proteger la seguridad de la masa de la insolvencia; la propuesta de que se reorganizaran los párrafos por orden de importancia (por ejemplo, el apartado i) debería ocupar un lugar más destacado); la de que el apartado b) previera la investigación del deudor por parte del representante de la insolvencia (mediante declaración jurada o algún otro procedimiento equivalente); que en el apartado g) se especificara claramente a qué partes debía proporcionarse la información; que el representante de la insolvencia estuviera obligado a presentar informes periódicos a los acreedores sobre la marcha del procedimiento; que el representante de la insolvencia pudiera ejercitar derechos en beneficio de la masa de la insolvencia en el marco de actuaciones judiciales en curso, aun cuando estuvieran paralizadas o suspendidas; y que en virtud del apartado j) el comité de acreedores pudiera también remitir cuestiones al representante de la insolvencia.

85. Con respecto a la recomendación 79 se apoyó la idea de agregarle más detalles sobre la responsabilidad derivada de las recomendaciones 77 y 78.

86. Se expresó cierta preocupación por el significado de la palabra “circunstancias” en la recomendación 80.

87. Respecto de la recomendación 84 se observó que las condiciones, para recurrir frente a ciertos actos del representante, descritas por remisión a la nota 14 de pie de página, eran demasiado amplias y debían ser perfiladas.

88. Se examinó el problema general del tratamiento de toda masa, sin bienes, de la insolvencia. El Grupo de Trabajo convino en que la guía examinara ese supuesto, en particular porque esa carencia de bienes podía ser fruto de operaciones impugnables, y si no se administraban esas masas deficitarias podían fomentarse comportamientos que precisamente el régimen de la insolvencia trataba de regular. Se propuso que la guía recomendara que se tuvieran en cuenta esas masas y se indicara la necesidad de establecer un mecanismo para su administración, ya sea a través de un organismo público o de algún otro modo. Ese mecanismo prevería también la designación y la remuneración del representante de la insolvencia. En este mismo orden de ideas, se sugirió que esa cuestión fuera abordada también con respecto a algunos casos en la sección correspondiente a la apertura del procedimiento.

C. Acreedores

89. Con respecto a la sección 1, sobre la cual aún no se habían formulado recomendaciones en la guía, se propuso que se abordaran los distintos tipos de reclamaciones y, en particular, la necesidad de que el régimen de la insolvencia especificara claramente estas clases de reclamaciones y el modo en que debían tratarse. Se observó a ese respecto que esa sección debería estar estrechamente vinculada a la relativa a la distribución.

90. Se expresó cierta preocupación por el problema de la estructura de las recomendaciones; concretamente, era obvio que las recomendaciones 89 a 96 se referían al comité de acreedores y, que por tanto, debían figurar en la sección correspondiente.

91. Con respecto a las funciones de la junta de acreedores, se propugnó la inclusión en la recomendación del contenido de la nota 19 de pie de página. Otra de las funciones podría ser la verificación de los créditos presentados. Se expresó preocupación por el hecho de que en las recomendaciones no se abordaran claramente cuestiones como la relación entre la junta y el comité y, concretamente, la cuestión de si el comité era siempre necesario; la distribución de poderes entre los dos órganos; la cuestión de si debía exigirse que fuera la junta o el comité quien ejerciera los poderes y funciones que se enumeraban; la participación del representante de la insolvencia en el ejercicio de esos poderes y funciones; un mecanismo para convocar reuniones de la junta; y la vía para la solución de conflictos entre la junta y el comité. Se observó asimismo que en algunos países la representación de los acreedores no se hacía a través de la junta o del comité sino por otros mecanismos, y este hecho debería reflejarse en el comentario.

92. Se observó que la recomendación 87, si bien establecía un principio aceptable, era menos fundamental que el derecho paralelo del deudor enunciado en la recomendación 69. Se sugirió que en la recomendación se indicaran los asuntos respecto de los cuales los acreedores tuvieran derecho a ser escuchados. También se sugirió que en la recomendación se aclarara el carácter individual de ese derecho.

93. Respecto de la recomendación 90, se apoyó la idea de invertir el orden de las dos frases y de aclarar el texto de la primera frase en lo relativo a la limitación impuesta a la participación de los acreedores garantizados en la medida en que su crédito estuviera garantizado. También se observó que podían seguirse distintos

criterios para prever la participación de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación y reorganización, particularmente cuando se fuera a reestructurar el crédito garantizado del acreedor, en cuyo supuesto no debía limitarse su participación.

D. Marco institucional

94. Se expresó apoyo general a favor de que se abordaran en el proyecto de guía cuestiones relativas al marco institucional requerido para poner en práctica el régimen de la insolvencia. Se expresaron, no obstante, ciertas inquietudes sobre la manera en que habían de tratarse las cuestiones que fueran del caso y sobre el grado de pormenorización requerido. Se sugirió que si bien se debatiría cada cuestión en el texto del comentario, tal vez no procedía reflejarlo en las recomendaciones técnicas sobre el contenido del régimen de la insolvencia. Se sugirió que, al preparar el comentario, la Secretaría tuviera en cuenta la labor de otras instituciones internacionales, y particularmente la labor del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional (FMI). Se hicieron algunas sugerencias sobre las cuestiones que deberían abordarse en el comentario, entre las que se mencionaron la distribución equilibrada de la responsabilidad entre los participantes; cuestiones administrativas; la supervisión del procedimiento en sí de la insolvencia y de los participantes en ese procedimiento, incluido el personal de índole profesional; cuestiones disciplinarias; cuestiones de formación y capacitación; y cuestiones de funcionalidad económica de las actuaciones y del procedimiento. Se propuso que cabría examinar más en detalle la necesidad de ésta o de aquella recomendación cuando el Grupo de Trabajo tuviera ante sí un texto ya formulado.

5. Administración del procedimiento

95. A título de observación general, se sugirió que el capítulo V se limitara a las secciones A a C, ya que las secciones D y E correspondían más bien al tema de la resolución del procedimiento de insolvencia.

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

96. Se observó que puesto que en el apartado e) de la cláusula de finalidad, se daban algunos ejemplos de diversos tipos de créditos, sin que esa lista fuera exhaustiva, convendría o bien completar esa lista con algunos otros créditos o suprimir todos los ejemplos, y referirse únicamente al régimen aplicable a determinados créditos.

97. Respecto de la recomendación 99, se sugirió que se hiciera cierta referencia, a título de principio general, a la necesidad de establecer un mecanismo que facilitara la admisión y el procesamiento de los créditos, así como la presentación de esos créditos por los acreedores (o que se estableciera un procedimiento por el que se admitiera automáticamente todo crédito no controvertido) con miras a que los acreedores puedan participar en el procedimiento de insolvencia, y que se previera también el trato que había de darse a los créditos presentados en un procedimiento de reorganización o nacidos con posterioridad a la apertura del procedimiento. Respecto del establecimiento de algún otro mecanismo para la admisión de créditos

no controvertidos, se expresó apoyo a favor de que así se hiciera, particularmente en todo supuesto en el que fuera conveniente evitar la tramitación larga y compleja a menudo inherente a la presentación y verificación de los créditos. Ahora bien, en respuesta a la sugerencia de que se utilizaran los libros y la documentación del deudor como base suficiente para decidir sobre dicha admisión, se observó que los libros y cuentas de un deudor insolvente pudieran no ser una fuente de información incontrovertida a este respecto, por lo que convendría buscar algún otro criterio. Se observó asimismo que la nota 20 estaba redactada en términos demasiado categóricos; se observó en particular que los créditos fiscales solían verse afectados por el régimen de la insolvencia, que podría limitar su ejercicio o algún otro aspecto de los mismos. Se convino en revisar el texto de esa nota.

98. A título de observación general, se indicó que la sección destinada al régimen aplicable a los créditos de los acreedores no se ocupaba ni del trato otorgado a los créditos garantizados, ni de la cuestión de si los créditos otorgados con posterioridad a la apertura de un procedimiento devengarían intereses.

99. Se expresó apoyo a favor de que se introdujera, en la recomendación 100, la noción de la igualdad del trato que había de otorgarse a los acreedores con créditos de rango similar, al igual que se hacía en la recomendación 3. También se sugirió, a este respecto, que se reflejaran en el proyecto de guía ciertas cuestiones abordadas en la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza relativas a la reducción, en lo posible, de todo trámite o requisito formal para la presentación de los créditos.

100. Respecto de la recomendación 101 b), se observó que cuando el crédito se presentara en una etapa tardía del procedimiento, se le exigiría al acreedor que aceptara no poder participar en las distribuciones ya efectuadas.

101. Se observó que las consecuencias mencionadas en la recomendación 102 diferían de un país a otro, por lo que convendría que la guía presentara cierta información comparativa al respecto.

102. Respecto de la recomendación 103 se sugirió que se previera el supuesto de que las partes en el contrato hubieran estipulado cuál sería el momento en que se efectuaría la conversión de su crédito.

103. Se observó que el texto de la recomendación 105, en su versión inglesa, y 107 se apartaba de la fórmula habitual de “el régimen de la insolvencia debe...” por lo que convendría retocarlo al efecto. Respecto de la recomendación 105 se sugirió también que convendría aclarar las vías de recurso propuestas, ya sea judiciales o de alguna otra índole, y que convendría tal vez autorizar al representante de la insolvencia a adoptar una decisión, en el curso de la verificación de un crédito, sobre la procedencia o no de admitir su compensación.

104. Se estimó preferible la segunda variante ofrecida entre corchetes en la recomendación 108 b).

105. Se expresaron ciertas inquietudes respecto de la recomendación 109. Se sugirió que la mera circunstancia de que existiera alguna relación entre un acreedor y el deudor no justificaría en todos los casos la sumisión de ese crédito a algún régimen especial. En algunos supuestos esos créditos serían totalmente transparentes y en otros resultarían sospechosos. Se observó que tal vez se requeriría algún mecanismo que se ocupara de aquellos créditos, de acreedores con alguna relación especial con el deudor, que resultaran sospechosos o que debieran

ser objeto de un examen más atento, por lo que el proyecto de guía debería aclarar que ese régimen no sería automáticamente aplicable, sino que estaría disponible para ser aplicado en determinados supuestos. Se observó, no obstante, que el régimen aplicable a los créditos, descrito en la recomendación 109, no guardaba relación con la cuestión de la admisión o rechazo de un crédito sino con el tratamiento que se le daría, en el momento de su admisión o en algún momento ulterior, cuando resultara evidente que la parte que gozaba de esa relación hubiera perjudicado en algo a la masa de la insolvencia. Se sugirió que el Grupo de Trabajo debería tener en cuenta la interconexión entre las diversas disposiciones, especialmente cuando se hubiera previsto la aplicación de diversos criterios, como sucedía en la recomendación 109. Por ejemplo, si se había previsto que los acreedores participaran en la selección del representante de la insolvencia, se había de evitar que participaran en esa selección acreedores que tuvieran alguna relación con el deudor. Se preguntó si la recomendación 109 sería aplicable a los créditos en general y si se haría alguna distinción entre el supuesto de la liquidación y el de la reorganización. Tras deliberar al respecto, se sugirió reformular la recomendación 109 a fin de incorporar el apartado a) al encabezamiento y de mencionar en su texto algún supuesto en el que la recomendación fuera aplicable, formulándola en términos como los siguientes: “El régimen de la insolvencia debe indicar que todo crédito de un acreedor, que goce de alguna relación subyacente con el deudor, será objeto de escrutinio y de estimarse justificado, por detectarse, por ejemplo, cierta subcapitalización del deudor o algún trato de iniciado, se procederá a [insertar apartados b) y d)].” Esa propuesta obtuvo cierta medida de apoyo.

B. Financiación negociada con posterioridad a la apertura del procedimiento

106. El Grupo de Trabajo convino en general en que las disposiciones revisadas reflejaban las deliberaciones del 25º período de sesiones. Se expresó cierto apoyo por retener la referencia a todo perjuicio no justificado o indebido en la recomendación 114 a). En aras de una mayor claridad, se cuestionó la idoneidad del texto que figuraba entre paréntesis al final de la recomendación 115 y se sugirió que se aclarara la aplicación de esa recomendación a la prelación otorgada a un acreedor no garantizado por la financiación que hubiera otorgado a la masa con posterioridad a la apertura. Se sugirió además la conveniencia de que se vincularan esas recomendaciones a la financiación que se obtuviera a raíz de la aprobación del plan de reorganización.

6. Reorganización: cuestiones adicionales

A. El plan de reorganización

107. A título general, se hizo notar que en la recomendación relativa al plan no se abordaba ni la cuestión de los intereses devengados por los créditos y del modo en que debía regularse.

108. Se indicó que el texto del apartado a) de la cláusula de finalidad era más bien vago y que convendría hablar, más que de “empresas en dificultades”, de “la empresa sujeta al régimen de la insolvencia”.

109. Con respecto a la recomendación 125 se sugirió que se sustituyeran las palabras “pero antes de que transcurra cierto plazo” por “en un plazo especificado”. Se puso de relieve la importancia de los plazos como mecanismo para poner fin a la suspensión de las acciones emprendidas por los acreedores en caso de no presentarse un plan dentro de cierto plazo. Se propugnó que el plazo para la presentación del plan no fuera fijado por el tribunal sino que fuera determinado por la ley de la insolvencia.

110. Se consideró inadecuada la referencia en la recomendación 126 a la necesidad de determinar la parte “encargada de la preparación del plan de reorganización” y se propuso que el texto dijera “determinar las partes que estén en condiciones de preparar el plan”. Se sugirió que en la recomendación se abordara la cuestión de la persona a quien debiera proponerse un plan, dado que no siempre era necesario presentar el plan a todos los acreedores.

111. Se observó que en la recomendación 127 b) se empleaba la palabra “aceptable”, pero que no se indicaba cómo debía entenderse el concepto de aceptabilidad; por consiguiente, se propuso que se suprimiera ese párrafo.

112. Se formularon varias sugerencias con respecto a la recomendación 128. Concretamente, se sugirió que en el apartado a) se especificaran las categorías de acreedores y el régimen aplicable a sus créditos, las condiciones y cláusulas del plan, la identidad de las personas encargadas de administrar la entidad de cara al futuro, las garantías que debía dar el deudor, la cuestión de si los bienes habrían de pasar de nuevo a manos del deudor para la ejecución del plan, y el modo en que debía supervisarse la ejecución del plan. Se observó que la expresión “contratos de empleo”, empleada en la recomendación 128 b), no se ajustaba a la terminología utilizada en otras partes de la guía, por lo que debería armonizarse.

113. Con respecto a la recomendación 129, se sugirió que se especificara qué parte debía encargarse de redactar la nota explicativa y que se facilitara información sobre el modo y el momento en que esta nota habría de hacerse llegar a los acreedores. Se subrayó la necesidad de aclarar si se trataba de una nota explicativa o más bien de una nota de divulgación. A este respecto se señaló que la información que debería consignarse en el documento era análoga a la que algunos ordenamientos jurídicos requerirían para fines de inversión y que, por tanto, la nota tendría más bien un carácter divulgativo. Se propuso que, al final del apartado d), se agregaran palabras del siguiente tenor: “y que el deudor dispondrá de liquidez para pagar las deudas vencidas”.

114. Se propusieron algunas aclaraciones con respecto a las recomendaciones 131 y 132, a fin de que la recomendación 131 reflejara con mayor claridad que regulaba la aprobación del plan por los acreedores de una determinada categoría mientras que la recomendación 132 regulaba su aprobación por todas las categorías de acreedores. En la recomendación 131 estaba implícita la idea de que si la mayoría requerida de los acreedores de cierta categoría votaban a favor del plan se consideraría que todos los acreedores de dicha categoría apoyaban el plan. En la recomendación 132, de no lograrse la mayoría requerida, se consideraría que esa categoría de acreedores no aprobaba el plan, por lo que se convertían en acreedores discrepantes. Se observó que el segundo criterio relativo a los créditos de rango inferior ya se había examinado anteriormente en el Grupo de Trabajo, y algunos de sus miembros habían estado de acuerdo en excluir dicho criterio. Lo único que se

requería era el criterio enunciado en 133 b) y en 135 b). Respecto de la recomendación 131 c) se señaló también que la última frase era superflua, que la frase relativa a la combinación del importe de los créditos y del número de acreedores era demasiado restrictiva, y que debería ampliarse el concepto de voto personal para que abarcara también el voto por poder. Se observó asimismo que convendría aclarar qué acreedores habrían de votar sobre la aprobación del plan. Con respecto a la recomendación 132 se expresó preocupación por el significado de las palabras que figuraban al final entre corchetes; se preguntó, por ejemplo, si cuatro categorías de acreedores con créditos de rango inferior podían vincular a dos categorías de acreedores con créditos de rango superior.

115. Como observación general sobre la aprobación del plan, se señaló que en las recomendaciones del proyecto sólo se hacía referencia a la aprobación por parte de los acreedores y no se hablaba de la aprobación por parte del deudor. Si no se requiere que el deudor participe en el proceso de aprobación, tal vez sea posible que le esté permitido, como parte interesada, impugnar el plan. En tal supuesto, los apartados a) y c) de la recomendación 135 serían pertinentes. Recibió cierto apoyo la sugerencia de que se aclarara el significado de las palabras “partes interesadas”.

116. Con respecto a la confirmación, se sugirió que se agregara al proyecto una recomendación que regulara de forma más general la confirmación. A esta recomendación podría seguir la recomendación 133 reformulada en términos afirmativos que determinaran cuándo el tribunal debería confirmar el plan. Si no se cumplían los criterios, el plan no podría confirmarse. Con respecto al apartado b), se observó que era inapropiada la salvedad de que el tribunal no podría confirmar el plan cuando los acreedores no percibieran al menos lo que percibirían de procederse a la liquidación, pues no se tenían en cuenta las realidades comerciales. Se sugirió que en todo supuesto en el que se cumplan los requisitos enunciados en las recomendaciones en materia de notificación, preparación y declaración explicativa del plan y votación, así como en los apartados a) y c) de la recomendación 133, el tribunal no debe poder negarse a confirmar el plan. Si bien la cantidad que cabría percibir podía ser un factor importante para el tribunal, se señaló que había muchas situaciones en que los acreedores podían estar dispuestos a cobrar menos con arreglo al plan debido a ciertas ventajas, por ejemplo, si cobraran en un plazo breve o si se mantenía en funcionamiento la empresa del deudor. Frente a este argumento se observó que la única finalidad del apartado b) era proteger a los acreedores que votaran en contra de la aprobación del plan. Se sugirió que, para resolver esta cuestión, se agregaran al párrafo palabras referentes a la falta de consentimiento de los acreedores afectados y a los gastos y demoras que supone una liquidación.

117. Se expresó cierta inquietud respecto de la relación entre las recomendaciones 133 y 135. Se sugirió que, en vista de que la recomendación 135 sería aplicable tanto a la impugnación de la aprobación de un plan como al recurso contra la decisión judicial de confirmar un plan, convendría que la guía distinguiera claramente ambos supuestos. Se señaló asimismo que, habida cuenta de las mayorías requeridas en las recomendaciones 131 y 132 y del carácter vinculante del plan previsto en la recomendación 134, no se acertaba a comprender cómo funcionaría la recomendación 135 y tampoco quedaba clara la identidad de las partes interesadas. Se formularon varias propuestas de redacción para resolver algunas de esas dificultades y la Secretaría pidió que se le dejara preparar un texto revisado con objeto de examinarlo en una ulterior reunión.

118. Se respaldó la opinión de que la referencia a la liberación del deudor de toda deuda en la recomendación 134 creaba incertidumbre acerca del momento a partir del cual el deudor quedaría efectivamente liberado de sus deudas; por ello, tal vez resultara más apropiado incluir esta disposición en las recomendaciones 138 y 139, o modificarla especificando que el deudor sólo quedaría liberado de su deuda una vez aplicado el plan. Hubo cierta preferencia por mantener en el texto entre corchetes la referencia a la apertura del procedimiento. Se sugirió que las recomendaciones sobre el efecto de la aprobación del plan tuvieran en cuenta también los procedimientos que se hubieran paralizado o suspendido al iniciarse el procedimiento de insolvencia, que se previera la recuperación de la gestión de la empresa por parte del deudor y que se aclarara la palabra "accionistas" (en inglés, *shareholders, equity holders and owners*).

119. Se expresó cierta preocupación respecto del mecanismo para aprobar una enmienda del plan con arreglo a la recomendación 136, si bien se replicó que no debía resultar demasiado difícil en la práctica lograr el asentimiento de los acreedores. Se observó también que algunos regímenes de la insolvencia imponían para toda enmienda, que requiriera la aprobación de los acreedores, cierto umbral de importancia que justificara su adopción y, en caso de que el plan resultara más favorable para los acreedores, no se requería aprobación. Se convino en la necesidad de ofrecer una mayor orientación sobre los mecanismos para aprobar enmiendas.

120. Con respecto a la recomendación 137 se observó que algunos regímenes de la insolvencia preveían la supervisión judicial de la ejecución del plan, pero permitían a los acreedores designar a un supervisor; convendría, por tanto, que la Guía reflejara esta posibilidad.

121. En cuanto a la redacción, se sugirió que en la recomendación 138 a) se indicara si se ponía término al procedimiento de reorganización o a la ejecución del plan. Cuando un procedimiento de reorganización se transformara en liquidación, se apoyó la idea de amparar los pagos efectuados en el marco del plan de reorganización para que no fueran impugnados en la subsiguiente liquidación. También se sugirió, con respecto a la recomendación 138 b), que la transformación del procedimiento de reorganización en liquidación fuera obligatoria. Se observó que, dado que había varias razones por las cuales podía transformarse la reorganización en liquidación, convendría especificar todas estas razones en una única disposición, como la recomendación 10.

B. Procedimiento agilizado de reorganización

122. El Grupo de Trabajo examinó el tema del procedimiento agilizado de reorganización sobre el documento A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Hubo apoyo general por incluir este procedimiento en el proyecto de guía a fin de que la guía examinara sus posibles ventajas. Se recordó que ese procedimiento había sido examinado en un período de sesiones anterior del Grupo de Trabajo, y se hizo referencia a las explicaciones publicadas en el documento A/CN.9/507 (párrs. 244 a 246).

123. Se expresaron, no obstante, ciertas inquietudes sobre el alcance de la propuesta formulada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, particularmente respecto de las categorías de acreedores que participarían en dicho procedimiento y de los

efectos que pudiera tener sobre aquellos acreedores del deudor cuyos derechos no se vieran afectados por el plan propuesto; se habló también de la relación entre ese procedimiento y la apertura tanto de negociaciones informales como de un procedimiento en regla de insolvencia, así como de los efectos de la apertura de ese tipo de procedimiento, particularmente en lo relativo a la paralización de toda actuación procesal individual.

124. A fin de responder a dichas inquietudes, se propuso, en primer lugar, que se reformulara el texto explicativo presentado en el documento A/CN.9/507 en términos de una cláusula de finalidad que se colocaría al comienzo de las recomendaciones presentadas en el documento A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, y, en segundo lugar, que se revisara el texto de esas recomendaciones a la luz de las inquietudes expresadas en el Grupo de Trabajo. Esa propuesta obtuvo apoyo general.

125. El Grupo de Trabajo no pudo examinar, por falta de tiempo, la sección C del capítulo V sobre la distribución efectuada a raíz de la liquidación de los bienes, ni las secciones D sobre liberación del deudor y E sobre clausura y reapertura del procedimiento, de ese mismo capítulo.

IV. Otras cuestiones

A. Intersección entre la labor del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y la labor del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)

126. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición un informe del Secretario General (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10), que constituye un informe sobre el régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia preparado para ser examinado en el marco de la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que los Grupos de Trabajo V y VI adoptaran criterios coherentes en lo relativo al régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia. Se sugirió a ese respecto que el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10 ofrecía una visión resumida muy valiosa de los puntos de intersección entre el régimen de las garantías reales y el régimen de la insolvencia, por lo que podría suministrar textos, para su inclusión en la guía relativa a la insolvencia, que aclararan el trato que convendría dar a los acreedores garantizados en cada una de las etapas de un procedimiento de insolvencia.

127. Se apoyó la sugerencia de incluir, entre los principios básicos aplicables en los puntos de intersección entre uno y otro régimen, los siguientes: debe mantenerse, frente a los demás acreedores, la prelación de que goce toda garantía real con anterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia; los acreedores garantizados gozarán de un derecho sobre el valor económico del bien constituido en garantía por una cuantía correspondiente al importe de su garantía real; se paralizará también toda medida ejecutoria de una garantía real; el deudor podrá utilizar el bien gravado; y la deuda garantizada deberá poder ser objeto de modificaciones en el curso de un procedimiento de reorganización.

B. Estado de los preparativos de la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

128. El Grupo de Trabajo consideró los avances de su labor preparatoria de la guía legislativa y la fecha en que cabía prever que se completaría. Se expresó satisfacción general por los avances efectuados hasta la fecha.

129. Se expresó cierto apoyo por el parecer de que la Comisión podría ultimar esta labor en su reunión de 2003, estimándose que el Grupo de Trabajo estaría en mejores condiciones para formular alguna recomendación al respecto al clausurarse la labor de su 27º período de sesiones, en diciembre de 2002.

I. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 26º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1 y 2) [Original: inglés]

Índice

	Párrafos	*Página*
Observaciones generales	1-11	669
	Recomendación	
Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	1-140	671
Regímenes de la insolvencia eficaces y eficientes	1-140	671
Primera parte. Objetivos fundamentales	1-7	671
Recomendaciones	1-7	671
Segunda parte. Disposiciones fundamentales	8-140	672
I. Introducción	8-10)	672
A. Tipos de procedimiento de insolvencia	...	672
B. Estructura [organización] del régimen de la insolvencia	8-10	672
Finalidad	...	672
Recomendaciones	9-10	672
II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia	11-23	673
A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción	11-15	673
Finalidad	...	673
Recomendaciones	11-15	673
B. Criterios aplicables a la solicitud y la apertura	16-23	674
Finalidad	...	674
Recomendaciones	16-23	674
III. Régimen aplicable a los bienes en la apertura del procedimiento de insolvencia	24-68	676
A. Bienes que han de ser afectados	24-25	676
Finalidad	...	676
Recomendaciones	24-25	676
B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia	26-34	677
Finalidad	...	677
Recomendaciones	26-34	677

C.	Utilización y disposición de los bienes	35-40	679
	Finalidad	...	679
	Recomendaciones	35-40	680
D.	Régimen aplicable a los contratos	41-55)	681
	Finalidad	...	681
	Recomendaciones	41-55	681
E.	Acciones de nulidad	56-65	684
	Finalidad	...	684
	Recomendaciones	56-65	684
F.	Contratos financieros: compensación global por saldos netos y derechos de compensación	66-68	686
IV.	Participantes e instituciones	69-98	687
A.	El deudor	69-74	687
	Finalidad	...	687
	Recomendaciones	69-74	687
B.	El representante de la insolvencia	75-84	689
	Finalidad	...	689
	Recomendaciones	75-84	689
C.	Acreedores	85-96	691
	1. Categorías de acreedores y sus créditos		691
	2. Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia		691
	Finalidad	...	691
	Recomendaciones	85-96	691
D.	Marco institucional	97-98	694
	Recomendaciones	97-98	694
V.	Administración del procedimiento	99-124	694
A.	Régimen aplicable a los créditos de los acreedores	99-109	694
	Finalidad		694
	Recomendaciones	99-109	694
B.	Financiación y crédito otorgado con posterioridad a la apertura del procedimiento	110-115	696
	Finalidad	...	696
	Recomendaciones	110-115	697
C.	Distribución a raíz de la liquidación de los bienes	116-121	698

	Finalidad	...	698
	Recomendaciones	116-121	698
D.	Liberación del deudor	122	699
	Finalidad	...	699
	Recomendaciones	122	699
E.	Clausura [y reapertura] del procedimiento [nueva sección]	123-124	700
VI.	Reorganización: cuestiones adicionales	125-140	700
A.	Plan de reorganización	125-1409	700
	Finalidad	...	700
	Recomendaciones	125-140	701
B.	Procedimiento de reorganización acelerada		704

Observaciones generales

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia, en la que se recomendaba que, en vista de su composición universal, el éxito de su labor anterior en materia de insolvencia transfronteriza y las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales especializadas e interesadas en el derecho de insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para debatir esas cuestiones. En la propuesta se instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de una ley modelo sobre la insolvencia de las empresas, a fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces aplicables a las empresas insolventes.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la insolvencia adoptado por un país se había convertido en factor decisivo a la hora de evaluar a nivel internacional las posibilidades de crédito en un país. Sin embargo, se expresó preocupación por las dificultades que planteaba la elaboración de un régimen internacional de la insolvencia, a causa de los conflictos entre opciones sociopolíticas delicadas y potencialmente divergentes que entrañaba. Ante esas dificultades, se temía que la labor no pudiera culminar con éxito. Se dijo que con toda probabilidad no sería factible elaborar una ley modelo de aceptación universal y que en toda labor debía adoptarse un criterio flexible para dejar margen a los Estados en la elección de opciones y en sus decisiones. Si bien la Comisión apoyó ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía comprometerse definitivamente a establecer un grupo de trabajo para elaborar una legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

3. Con objeto de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones de tanteo en que un grupo de trabajo prepararía una propuesta de viabilidad que se sometería al examen de la Comisión en su 33º período de sesiones. Ese período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo en su informe (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo la preparación de una descripción general de los objetivos fundamentales y de las características esenciales de un sólido régimen en materia de insolvencia que regulara las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores y la reestructuración de empresas insolventes por vía extrajudicial, así como una guía legislativa con soluciones flexibles para lograr esos objetivos y características, incluido un examen de otras posibles soluciones y sus correspondientes ventajas e inconvenientes.

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

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

6. En su 34º período de sesiones, celebrado en el año 2001, la Comisión tuvo ante sí el informe del Coloquio (A/CN.9/495)

7. La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y encomió la labor realizada hasta la fecha, particularmente en lo que respecta a la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en cuestiones de derecho de insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía revestir la labor futura y la interpretación del mandato encomendado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato encomendado al Grupo de Trabajo en el 33º período de sesiones de la Comisión debía interpretarse de manera amplia para garantizar que el texto elaborado, que había de redactarse en forma de guía legislativa, tuviera la flexibilidad adecuada. A fin de evitar que la guía legislativa fuera demasiado general y abstracta, para dar a los legisladores la orientación necesaria, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de elaborar un texto lo más concreto posible. Para ello, debían prepararse, en la medida de lo posible, disposiciones legislativas modelo, incluso si sólo abarcaban algunas de las cuestiones que debía tratar la guía.

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, en su 24º período de sesiones celebrado en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, comenzó a ocuparse del tema examinando el primer proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504. El Grupo de Trabajo prosiguió esta labor durante su 25º período de sesiones, celebrado en Viena del 3 al 14 de diciembre de 2001; el informe pertinente figura en el documento A/CN.9/507.

9. La presente nota da a conocer el proyecto de recomendaciones que formarán una parte de la Guía Legislativa. Tanto el texto como el orden de la recomendaciones han sido revisados a la luz de los debates del Grupo de Trabajo en su 25º período de sesiones. El orden de las recomendaciones sigue el del documento A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.2 que expone una estructura revisada de los encabezamientos de capítulo y sección según la cual se revisará el comentario contenido en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.57 y A/CN.9/WG.V/WP.58.

10. Las recomendaciones en la presente nota han sido numeradas consecutivamente de 1 a 139 para facilitar su examen. Las referencias a los párrafos pertinentes del comentario contenido en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.57 y 58 se indican en los encabezamientos de capítulo y sección de las recomendaciones. Las nuevas secciones se indican asimismo de esta manera.

11. La versión del glosario y el comentario del proyecto de guía que estarán a disposición del Grupo de Trabajo figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.57 y 58. Una versión revisada del proyecto completo de Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia (incluidos glosario, comentario y recomendaciones) será

preparada para que la examine el Grupo de Trabajo en su 27º período de sesiones en diciembre de 2002 en Viena.

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Regímenes de la insolvencia eficaces y eficientes

Primera parte. Objetivos fundamentales [A/CN.9/WG.V/WP.57, párrs. 15 a 22]

Recomendaciones

1) El régimen de la insolvencia[1] debe prever tanto la reorganización de empresas viables como la eficiente liquidación de empresas inviables y de aquéllas en las que sea probablemente la liquidación la que permita a los acreedores obtener el valor máximo.

2) El régimen de insolvencia ha de ser transparente y previsible y facilitar el acceso a los procesos de insolvencia mediante criterios claros y objetivos.

3) El régimen de insolvencia debe tratar [equitativamente] [por igual] a los acreedores que estén en circunstancias similares.

4) El régimen de insolvencia debe estar bien ordenado e impedir que los activos del deudor queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a recuperar deudas individuales.

5) Los que sean responsables de la administración y supervisión del proceso de insolvencia (tribunales o entidades administrativas, el representante de la insolvencia) y los acreedores* deben disponer de información adecuada para que evalúen la situación financiera del deudor y determinen la solución más apropiada.

6) El reconocimiento y el cumplimiento, en el marco del proceso de insolvencia, de los diversos derechos que los acreedores tienen aparte de la insolvencia creará certidumbre en el mercado y facilitará la obtención de créditos. Es importante que haya normas claras para la determinación del orden de prelación de los créditos de acreedores ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento.

7) El régimen de la insolvencia debe comprender normas sobre la insolvencia transfronteriza, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

[1] La palabra “régimen” se entiende referida a un régimen legislativo para la insolvencia. Todas las recomendaciones tienen por objeto disposiciones que han de incluirse en esa legislación sobre la insolvencia.

Segunda parte. Disposiciones fundamentales

I. Introducción

A. Tipos de procedimiento de insolvencia

B. Estructura [organización] del régimen de la insolvencia

Relación entre diferentes tipos de procedimientos

8) El régimen de insolvencia debe hallar el punto de equilibrio entre liquidación y reorganización, y la relación entre estos diferentes procesos en el régimen de insolvencia. Si esa estructura comprende la liquidación y la reorganización como procedimientos distintos que pueden ser [iniciados] [entablados] por separado, el régimen de insolvencia debe prever la conversión de un tipo de procedimiento a otro.

Conversión de procedimientos **[Nueva sección: véase A/CN.9/WG.V/WP.57, párrs. 50 a 57*]***

Finalidad

Las disposiciones sobre conversión entre procedimientos de reorganización y de liquidación tiene por objeto:

a) Proporcionar fácil acceso al procedimiento más adecuado para la resolución de la situación financiera del deudor;

b) Evitar que se abuse del proceso de insolvencia;

c) Velar por que las protecciones del régimen de la insolvencia continúen aplicándose al deudor hasta que sus dificultades financieras se resuelvan.

Recomendaciones

9) Un deudor puede convertir un procedimiento de liquidación en uno de reorganización, a menos que el procedimiento ya haya sido previamente convertido a partir de un procedimiento de reorganización.

10) Hay que incluir disposiciones que permitan la conversión entre reorganización y liquidación y la ley debe establecer las circunstancias en que la conversión puede ser apropiada, incluidas:

a) Si los procedimientos de reorganización son iniciados a fin de evitar o retardar la liquidación [si se ve que el deudor no tiene la honesta intención de comenzar la reorganización];

b) Si el deudor no colabora con el representante de la insolvencia en la práctica de los procedimientos de reorganización o no observa sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia[2];

c) Si hay una continua pérdida de bienes y valor y ninguna perspectiva de reorganización;

d) Si el plan de reorganización ha sido rechazado por los acreedores o el tribunal le ha denegado su confirmación;

e) Si el deudor es incapaz de aplicar el plan.

II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 1 a 9]

Finalidad

Las disposiciones sobre las condiciones de admisibilidad y la jurisdicción tienen por objeto determinar:

a) Qué tipos de deudores pueden estar sujetos al régimen de la insolvencia;

b) Qué tipos de deudores pueden ser excluidos del régimen (general) de la insolvencia;

c) Qué deudores tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos a su legislación de insolvencia.

Recomendaciones

Condiciones de admisibilidad

11) El régimen de la insolvencia debería regir los procedimientos de insolvencia de todos los deudores, incluidas las empresas estatales dedicadas a actividades comerciales.

12) Las exclusiones de la aplicación del régimen (general) de la insolvencia deben ser limitadas y claramente identificadas en la ley[3].

---

[2] Esto abarcaría la omisión en preparar un plan dentro del plazo determinado en que ello constituye una obligación del deudor conforme al régimen de la insolvencia.

[3] Las entidades altamente reguladas como los bancos y las compañías de seguros pueden necesitar de un tratamiento especial que puede disponerse apropiadamente en un régimen de insolvencia por separado o mediante disposiciones especiales en el régimen general. Si se ha elaborado un régimen especial o disposiciones especiales, esas entidades pueden ser excluidas de las disposiciones del régimen general de la insolvencia.

Jurisdicción

13) El régimen de la insolvencia debería especificar que un deudor puede estar sujeto a un procedimiento de insolvencia si:

a) El deudor tiene el centro de sus principales intereses en el Estado; o

b) El deudor tiene [su] [un] establecimiento[4] en el Estado.

14) Al interpretar la frase "centro de sus principales intereses", el régimen de la insolvencia debería prever una presunción de que, a falta de prueba en contrario, el centro de los principales intereses de una persona jurídica está en el Estado en que tiene su oficina registrada y el centro de los principales intereses de una persona física está en el Estado en que tiene su residencia habitual.

15) El régimen de insolvencia debería indicar claramente qué tribunal es competente en los procedimientos de insolvencia y en las materias que se susciten en la práctica de ese procedimiento.

B. Criterios aplicables a la solicitud y la apertura [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 10 a 39]

Finalidad

Las disposiciones sobre los criterios aplicables a la solicitud y la apertura del procedimiento tienen por objeto:

a) Facilitar el acceso, de deudores y acreedores a los recursos que proporciona el régimen de la insolvencia;

b) Establecer criterios para la solicitud y la apertura que sean transparentes y ciertos;

c) Abrir vías expeditivas, eficientes y económicas para la presentación y la tramitación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia;

d) Establecer requisitos eficaces para la notificación de la apertura de los procedimientos;

e) Establecer salvaguardias básicas para proteger tanto a los deudores como a los acreedores del uso abusivo de [el régimen de la insolvencia] [el trámite de la solicitud].

Recomendaciones

Condiciones de admisibilidad para presentar una solicitud

16) El régimen de la insolvencia debe prever que ha de hacerse una solicitud de apertura de los procedimientos de insolvencia al tribunal [apropiado] [especificado]

[4] “Establecimiento" debe definirse como todo lugar de operaciones en que el deudor lleva a cabo de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza, inciso f) del artículo 2.

y expresar claramente quien puede hacer una solicitud. Esto tiene que comprender al deudor y los acreedores.

Criterios para la apertura de un procedimiento de insolvencia

17) Los criterios para la apertura de un procedimiento de insolvencia deben ser:

a) En el caso de una solicitud del deudor, que éste sea o vaya a ser incapaz de pagar sus deudas vencidas [o, en otro caso, que sus deudas excedan del valor de sus bienes];

b) En el caso de una solicitud de un acreedor, que el deudor sea incapaz de pagar sus deudas vencidas [o, en otro caso, que sus deudas excedan del valor de sus bienes].

18) El régimen de la insolvencia debe disponer que si el deudor deja de pagar una o más de sus deudas vencidas, se le presumirá incapaz de pagar sus deudas[5].

Apertura a solicitud del deudor

19) Si la solicitud de la apertura la formula el deudor, el procedimiento debe comenzar, o bien:

a) Con la solicitud funcionando como apertura automática del procedimiento; o

b) El tribunal, al que se ha de pedir que determine prontamente si se ha de abrir el procedimiento de insolvencia.

Apertura a solicitud de un acreedor

20) Si la solicitud de apertura la hace un acreedor, el régimen de insolvencia debe exigir que:

a) Se notifique inmediatamente al deudor;

b) Se permita que el deudor responda a la solicitud, y

c) El tribunal determine sin dilación si hay que abrir o no el procedimiento de insolvencia.

Notificación de la apertura

21) Hay que notificar a los acreedores y publicar en [una publicación como un diario oficial del gobierno o en un diario nacional de amplia circulación] la apertura del procedimiento de insolvencia.

22) Los acreedores conocidos deben ser notificados individualmente, a menos que el tribunal considere que, atendidas las circunstancias, sea más apropiada alguna

[5] Si el deudor no ha pagado una deuda vencida y el acreedor ha obtenido una sentencia contra el deudor respecto de esa deuda, no habría necesidad de una presunción para demostrar que el deudor no era capaz de pagar sus deudas.

otra forma de notificación y u otra más serían más apropiada. En la notificación a los acreedores se debe especificar:

a) Todo plazo aplicable para presentar un crédito, la manera de hacerla y el lugar donde se puede presentar;

b) El procedimiento y todo requisito formal necesario para presentar un crédito; y

c) Las consecuencias de no presentar un crédito.

23) El régimen de la insolvencia debe permitir que el tribunal deniegue una solicitud o rehúse abrir el procedimiento si determina que[6]:

a) La solicitud es un empleo abusivo del régimen de la insolvencia; o

b) En una solicitud de liquidación, [que el deudor es solvente] [que los criterios para la apertura no han sido satisfechos] .

III. Régimen aplicable a los bienes en la apertura del procedimiento de insolvencia

A. Bienes que han de ser afectados [A/CN.9/WG.V/WP.58; párrs. 40 a 45; 50]

Finalidad

Las disposiciones relativas a los bienes afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

a) Identificar los bienes que constituirán la masa de la insolvencia;

b) Indicar la manera cómo los derechos sobre esos bienes se verán afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia;

c) Identificar los bienes que serán expresamente excluidos de la masa de la insolvencia;

d) Indicar la manera cómo los bienes de propiedad de terceros y los bienes gravados por garantías reales se verán afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia.

Recomendaciones

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

24) Los bienes que constituyen la masa de la insolvencia deben comprender:

a) Los bienes de propiedad del deudor, ya sea corporales o inmateriales, obren o no en su poder y estén o no gravados por una garantía real a favor de

[6] En ciertas circunstancias, puede ser apropiado que los procedimientos, una vez abiertos, sean convertidos de liquidación a reorganización o de reorganización a liquidación: véase el capítulo I , sección B.

un acreedor [*determinados según el derecho del Estado en materia de propiedad y operaciones garantizadas*]; y

b) Los bienes adquiridos con posterioridad a la fecha de apertura del procedimiento.

Bienes que podrán quedar fuera de la masa – personas físicas

25) Cuando el deudor sea una persona física, el régimen de la insolvencia debe concretar los bienes que han de quedar fuera de la masa, especialmente los necesarios para preservar lo derecho personales del deudor, entre los que pueden figurar bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

[A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 53 a 79 y 81 a 83]

Finalidad

Las disposiciones sobre la protección y la conservación de la masa de la de la insolvencia tienen por objeto:

a) Prever la aplicación de medidas que garanticen que los bienes no son disminuidos por las acciones entabladas por [las diversas partes interesadas] [el deudor, el deudor, los acreedores o terceros];

b) Determinar la gama de esas medidas y las partes a las que se aplicarán;

c) Establecer las condiciones para la aplicación de esas medidas, incluso el método, el momento y la duración de la aplicación;

d) Establecer los motivos para limitar la aplicación de esas medidas.

Recomendaciones

Medidas provisionales

26) El régimen de la insolvencia debe disponer que el tribunal pueda conceder una limitación de medida provisional, a solicitud de cualquiera de las partes interesadas, [si se necesita urgentemente la limitación para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores,] entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento, incluso:

a) Paralizando la ejecución contra los bienes del deudor;

b) Confiando la administración de la realización de todos los bienes del deudor o parte de ellos a un representante interino o a otra persona designada por el tribunal, a fin de proteger y conservar el valor de bienes, que por su naturaleza o por otras circunstancias, son perecederos, susceptibles de devaluación o de otro modos expuestos a riesgo; y

c) Cualquier otra limitación mencionada en el inciso c) de la recomendación 28.

27) Si el tribunal concede medidas provisionales del tipo a que se hace referencia en la recomendación 26, deben finalizar cuando entren en efecto las medidas a que se refiere la recomendación 28.

Medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento[7]

28) En el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, el régimen de insolvencia debe disponer que:

a) Se paralice el inicio o la continuación de acciones individuales o de actuaciones referentes a los bienes, derechos, obligaciones o deudas del deudor [excepto en la medida en que el tribunal considere esas acciones individuales o esas actuaciones necesarias para conservar o cuantificar un crédito contra el deudor];

b) Se paralice la ejecución contra los bienes del deudor; y

c) Se suspenda el derecho del deudor de transmitir, gravar o disponer de otra manera de cualquier bien[8].

Medidas discrecionales en el momento de la apertura de un procedimiento[9]

29) El régimen de la insolvencia debe disponer que, si es necesario para protegerlos intereses de los acreedores, los bienes del deudor, o la posibilidad de reorganizar la empresa del deudor, el tribunal podrá, después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, conceder otras limitaciones de las medidas.

Momento y duración de la aplicación de las medidas

30) El régimen de la insolvencia debe decir claramente el momento preciso en que son efectivas las medidas a que se refieren las recomendaciones 26 y 28[10].

31) El régimen de la insolvencia debe disponer que las medidas aplicables en la apertura del procedimiento de insolvencia (del tipo de las mencionadas en la recomendación 28) se apliquen (con sujeción a la recomendación 32):

a) Por la duración del procedimiento de insolvencia;

b) Respecto de los acreedores garantizados en un procedimiento de liquidación, por un período de [30 a 60] días, a menos que el tribunal prolongue ese período [por otro período de [...] días] desde se demuestre que:

---

[7] Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

[8] La limitación del derecho del deudor a transmitir bienes o disponer de ellos puede ser sometida a una excepción en los casos en que se autoriza la continuación de sus actividades comerciales y el deudor puede transmitir, gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

[9] Véase el artículo 21 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

[10] Por ejemplo, en el momento de emitir el mandamiento, retrospectivamente desde el comienzo del día en que el mandamiento se emitió o cualquier otro momento determinado.

i) es necesaria una prolongación para elevar al máximo el valor de los bienes en beneficio de los acreedores; y

ii) el acreedor garantizado no experimentará un perjuicio irrazonable como consecuencia de una prolongación;

Acreedores garantizados

32) El régimen de la insolvencia debe disponer que un acreedor garantizado tiene derecho a una limitación del tipo de medidas a que se refieren los incisos a) y b) de la recomendación 28 por motivos que pueden ser , entre otros:

a) Que el valor económico del bien gravado se está erosionando [o que el bien no está protegido contra la erosión de su valor];

b) Que el bien gravado no tiene valor para la masa y no es necesario ni para una reorganización del negocio del deudor ni para una venta del negocio como una empresa comercial en marcha;

c) Que no existe perspectiva razonable de una reorganización de la empresa del deudor;

d) Que, tratándose de una reorganización, el plan no es aprobado al cabo de [...] días.

33) La protección contra la disminución del valor de los bienes gravados puede proporcionarse mediante pagos en efectivo, aporte de una garantía adicional u otro medio que el tribunal determine que brindará esa protección.

Modificación o finalización de medidas

34) El régimen de la insolvencia tiene que disponer que el tribunal pueda, a petición del representante de la insolvencia o de toda persona afectada por las medidas del tipo de las mencionadas en las recomendaciones 26 y 28, o por propia iniciativa, modificar o poner fin a esas medidas.

C. Utilización y disposición de los bienes

[Nueva sección: A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 46 a 49; 51; 80; 115]

Finalidad

Las disposiciones sobre la utilización y la disposición de bienes tienen por objeto:

a) Ocuparse de la manera en que pueden utilizarse y se puede disponer de ellos en el procedimiento de insolvencia, incluidos los métodos de venta de los bienes;

b) Establecer los límites de las facultades de utilización y disposición;

c) Prever el abandono de bienes gravosos y la entrega de garantías que carezcan de valor.

Recomendaciones

35) Cuando se autoriza que continúe funcionando del negocio del deudor conforme una liquidación o reorganización, el régimen de la insolvencia debería:

a) Permitir al representante de la insolvencia vender o arrendar bienes en el curso de las actividades ordinarias del negocio;

b) Permitir al representante de la insolvencia utilizar, vender o arrendar bienes fuera del curso de las actividades ordinarias del negocio, sujeto a la aprobación de [el tribunal] [los acreedores] [y de acuerdo con las recomendaciones sobre la utilización de bienes gravados y bienes de terceros].

Bienes gravados con garantías reales y bienes de terceros

36) Los bienes gravados por garantías reales [bienes gravados] y los bienes propiedad de un tercero que se halle en poder del deudor en la fecha de la apertura del procedimiento pueden ser utilizados por el representante de la insolvencia si esos bienes [serán beneficiosos para] [son necesarios para] la práctica del procedimiento de insolvencia[11].

Abandono y entrega

37) El régimen de la insolvencia debe permitir al representante de la insolvencia abandonar cualquiera de los bienes que sea gravoso a la masa y que no le sea de ningún beneficio.

38) El régimen de la insolvencia debe permitir al representante de la insolvencia entregar bienes gravados con una garantía real válida a favor del acreedor garantizado cuando se determine que el bien no tiene ningún valor para la masa de la insolvencia o no puede realizado en un plazo razonable por el representante de la insolvencia.

Métodos para la venta de bienes

39) El régimen de la insolvencia debe prever métodos de venta que eleven al máximo el valor de los bienes que se vendan, permitiendo tanto subastas públicas como ventas privadas y exigiendo que toda venta se notifique suficientemente a los acreedores. Las ventas privadas pueden someterse a la supervisión del tribunal o a la aprobación de los acreedores.

[Facultad de vender libremente y con exención de garantías reales, cargas ni otros gravámenes

40) El régimen de la insolvencia puede permitir al representante de la insolvencia vender bienes de la masa de la insolvencia libres y exentos de garantías reales a

[11] El uso de estos bienes estará sujeto a otras disposiciones del régimen de la insolvencia, incluidas las pertinentes al régimen aplicable a los contratos , la anulación y [...].

favor de otra entidad de una entidad distinta de la masa, bajo ciertas condiciones. Entre ellas pueden figurar que la ley distinta de la rige la insolvencia permita esa venta; la entidad la consienta; se respete la prioridad de los intereses sobre el producto de la venta del bien, [...].]

D. Régimen aplicable a los contratos [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs.84 a 114]

Finalidad

Las disposiciones relativas al régimen aplicable a los contratos tienen por objeto:

a) Establecer la manera en que los contratos que el deudor o su contraparte no hayan cumplido plena o parcialmente deben ser tratados en el régimen de la insolvencia, incluida la relación entre éste y el régimen general de los contratos, con el objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo;

b) Definir el alcance de los poderes para tratar con esos contratos y los supuestos en los que esos poderes podrán ser ejercidos;

c) Determinar cuáles son los contratos que deben quedar excluidos del ejercicio de esos poderes.

Recomendaciones

41) El régimen de la insolvencia debe ocuparse del régimen aplicable a los contratos que no han sido cumplidos o no lo han sido completamente, sea por el deudor, sea por la otra parte en el contrato..

42) El régimen de la insolvencia podrá declarar no ejecutable frente al representante de la insolvencia toda cláusula contractual por la que se prevea un derecho a rescindir un contrato a raíz de, o se defina como constitutivo de incumplimiento, alguno de los hechos siguientes:

a) La apertura de un procedimiento de insolvencia o la presentación de una solicitud de apertura; o

b) El nombramiento de un representante de la insolvencia.

Mantenimiento

43) El régimen de la insolvencia debe disponer que el representante de la insolvencia pueda [optar por] proseguir un contrato cuando su mantenimiento sería ventajoso para la masa de la insolvencia.

44) En el período tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, y antes de que un contrato sea mantenido o rescindido, si la contraparte ha cumplido en beneficio de la masa de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debe disponer

que los beneficios conferidos a la masa de la insolvencia como consecuencia del contrato sean pagaderos como un gasto administrativo de la masa[12]

45) Cuando un contrato se mantiene, el régimen de insolvencia ha de prever que los daños imputables a su posterior incumplimiento sean pagaderos como un gasto administrativo de la masa.

Mantenimiento de contratos si es el que incumple es el deudor

46) Cuando el deudor [es el incumplidor del] [ha incumplido el] contrato, y el representante de la insolvencia procura mantener ese contrato, el régimen de la insolvencia puede adoptar diversos enfoques de la cuestión de sanear el incumplimiento:

a) El representante de la insolvencia puede estar facultado a [optar entre] mantener ese contrato, siempre que se sanee el incumplimiento y la parte que no lo ha cometido sea devuelta a la posición en que se encontraba antes del incumplimiento y el representante de la insolvencia dé garantías apropiadas de la capacidad [del deudor] 'de la masa de la insolvencia] de cumplir conforme al contrato mantenido.

b) El representante de la insolvencia puede estar facultado a [optar por] mantener ese contrato, sin tener que sanear el incumplimiento, siempre que el representante de la insolvencia garantice la satisfacción de los créditos posteriores a la apertura derivados del contrato. La otra parte en el contrato [deberá presentar] [tendrá] un crédito anterior a la apertura respecto del incumplimiento.

Rescisión

47) El régimen de la insolvencia debe disponer que el representante de la insolvencia pueda optar por rescindir un contrato.

48) Cuando se rescinda un contrato, el régimen de la insolvencia tiene que prever que la rescisión origina un crédito [ordinario no garantizado] [anterior a la apertura del procedimiento] por los daños que se deriven de la rescisión, que se determinarán de acuerdo con las normas generales sobre daños y perjuicios. [El régimen de la insolvencia puede limitar los créditos relativos a la rescisión de un contrato de larga duración.]

Determinación de las fechas de mantenimiento o de rescisión

49) Si el representante de la insolvencia opta por rescindir un contrato, el régimen de la insolvencia debe indicar la fecha a partir de la cual la rescisión tendrá efecto.

50) El régimen de la insolvencia puede un plazo máximo dentro del cual el representante de la insolvencia ha de actuar, optando por mantener o rescindir el contrato, plazo que el tribunal podrá prolongar. El régimen de la insolvencia podrá

[12] Véase el capítulo V, sección C.

especificar las consecuencias de la omisión del representante de la insolvencia en actuar.

Cesión de contratos

Variante A

51) [El régimen de la insolvencia no tiene que dar normas relativas a la cesión de contratos si la cuestión es objeto de otra ley, como el derecho general de los contratos, y se considera que esas cuestiones se han de determinar mediante la aplicación de esa otra ley.]

52) Si se considera deseable tener disposiciones especiales relativas a la cesión de contratos en el régimen de la insolvencia, éste puede disponer que el representante de la insolvencia pueda [optar por] ceder un contrato que haya sido mantenido.

53) Si la otra parte en el contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia puede prever que el tribunal podrá no obstante aprobarla [si] [siempre que]:

a) El cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales;

b) La otra parte en el contrato [no sufre un daño irrazonable como consecuencia de] [no quede en situación desventajosa de resultas de] la cesión;

c) La cesión es necesaria para la reorganización del deudor.

Variante B

51) El régimen de la insolvencia [puede] [tiene que] disponer que el representante de la insolvencia pueda [optar por] ceder un contrato que haya sido mantenido.

52) Si la otra parte en el contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia puede prever que el tribunal podrá no obstante aprobarla [si] [siempre que]:

a) El cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales;

b) La otra parte en el contrato [no sufre un daño irrazonable como consecuencia de] [no quede en situación desventajosa de resultas de] la cesión;

c) La cesión es necesaria para la reorganización del deudor.

Régimen especial aplicable a ciertos contratos

54) El régimen de la insolvencia puede disponer reglas especiales aplicables a los contratos de trabajo y [...][13].

[13] Para el régimen aplicable a los contratos financieros y contratos conexos, véase el capítulo III, sección F.

Recurso contra las decisiones acerca del régimen aplicable a los contratos

55) El régimen de la insolvencia ha de permitir a las partes interesadas procurar el reexamen judicial de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia con respecto al mantenimiento y la rescisión. Entre los motivos para este recurso pueden figurar: [...][14].

E. Acciones de nulidad [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 142 a 151]

Finalidad

Las disposiciones relativas a la anulación tienen por objeto:

a) Conservar la integridad de la masa y el trato equitativo de los acreedores;

b) Definir los supuestos en los que determinadas operaciones [que ocurren] antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia en las que haya intervenido el deudor pueden ser consideradas como efectuadas en perjuicio de los acreedores y por tanto sujetas a anulación;

c) Permitir al representante de la insolvencia entablar procedimientos para anular esas operaciones;

d) Facilitar la recuperación de dinero o bienes de personas que hayan participado en las operaciones que se han anulado.

Recomendaciones

56) El régimen de insolvencia debe comprender disposiciones que se apliquen retrospectivamente y concebidas para revocar operaciones anteriores en las que el deudor tomó parte y que tienen como consecuencia de reducir el patrimonio neto del deudor o de subvertir el principio del trato equitativo de los acreedores.

Operaciones que pueden ser objeto de anulación

57) El régimen de insolvencia ha de disponer que el representante de la insolvencia pueda interponer procedimientos ante el tribunal para que se dejen de lado, como nulas, las siguientes operaciones:

[14] Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si este tipo de disposición debe incluirse bajo el encabezamiento de cada tema (véanse, por ejemplo, las recomendaciones 64 y 83 o como una disposición general quizá dentro del capítulo IV, sección B sobre el representante de la insolvencia. con un tenor como el siguiente: “El régimen de la insolvencia no tiene que dar reglas relativas al derecho de las personas interesadas a buscar el reexamen de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia en la administración del procedimiento si ese derecho a recurrir existe conforme a otra ley y se considera que esta cuestión debe determinarse mediante la aplicación de esa otra ley. Si se considera deseable por razones de claridad y transparencia incluir disposiciones especiales en el régimen de la insolvencia, éste puede indicar también los motivos por los cuales cabe pedir ese reexamen”.

a) Operaciones por las que se trate de frustrar, demorar u obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores transmitiendo bienes a algún tercero, conociendo este tercero dicha intención (operaciones fraudulentas);

b) Operaciones en las que la transmisión de un gravamen sobre bienes o la asunción de una obligación por contravalor nominal o menos que equivalente (operaciones sin contravalor suficiente) que ocurrieron en un momento en el deudor era insolvente o como consecuencia de las cuales el deudor se hizo insolvente;

c) Operaciones en las que hayan participado acreedores en las el acreedor obtiene más de su cuota parte en los bienes del deudor (operaciones preferenciales) que ocurrieron cuando el deudor era insolvente.

Determinación del plazo de sospecha

58) El régimen de insolvencia ha de establecer que una operación con las características descritas en la recomendación 57 puede no ser tenida en cuenta si ocurrió dentro de un plazo determinado (el plazo de sospecha) [anterior a] [calculado retrospectivamente desde] la [solicitud de] apertura del procedimiento de insolvencia. El régimen de insolvencia puede especificar diferentes plazos de sospecha para tipos diferentes de operaciones.

Limitaciones del momento de iniciación de las acciones de anulación

(59) Tras la apertura del procedimiento de insolvencia, el plazo dentro del cual se puede interponer una acción de anulación puede empezar respecto de una operación de la que es sabedor el representante de la insolvencia, puede ser limitado por el régimen de insolvencia o por el derecho procesal aplicable.

Cuestiones probatorias

60) El régimen de insolvencia debe especificar los elementos que se han de probar a fin de sustanciar una causa de anulación, como también las posibles excepciones a esas acciones.

Operaciones con personas allegadas[15]

61) El régimen de la insolvencia ha de establecer que el representante de la insolvencia pueda entablar procedimientos ante un tribunal para que no se tomen en cuenta como nulas operaciones sin contravalor suficiente y operaciones preferenciales en las que participen personas allegadas.

[15] Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de incluir la expresión “parte allegada” en el glosario, con una definición de un tenor análogo al siguiente: “Por persona allegada se entenderá que es o ha sido director o empleado de una empresa en liquidación, un accionista o un socio de esa empresa, un director o empleado o accionista de una empresa relacionada con la empresa en liquidación, y comprende a todo pariente de esa persona; por “pariente” en relación con una persona allegada se entiende el cónyuge, los padres, los abuelos, los hijos, los hermanos de la persona allegada”.

62) El régimen de la insolvencia debe fijar claramente el plazo de sospecha para los tipos de operaciones mencionadas en la recomendación 61, que será generalmente más largo que los plazos aplicables a las operaciones sin contravalor suficiente y las preferenciales en las que no participen personas allegadas.

63) El régimen de la insolvencia puede disponer que se apliquen presunciones probatorias especiales en el caso de acciones de anulación contra personas allegadas.

Prosecución de las acciones de anulación

64) El régimen de la insolvencia puede prever enfoques alternativos para hacer frente a situaciones en las que el representante de la insolvencia no prosigue una acción de anulación sea sobre la base de una evaluación de que la acción no es probable que tenga éxito o bien de que impondrá gastos a la masa de la insolvencia. Estos enfoques pueden comprender el permitir a acreedores individuales o al comité de acreedores proseguir las acciones y admitir que prosigan la acción retener una parte de cualquier suma que se recupere para satisfacer su demanda o pagar los gastos de la acción con cargo a la masa de la insolvencia en el caso que la acción resulte victoriosa, o bien cambiar la prioridad del crédito del acreedor que prosigue la acción.

Recursos contra las decisiones relativas a la anulación

65) El régimen de la insolvencia debe permitir a las partes interesadas procurar el reexamen judicial de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia con respecto a la anulación. Los motivos para ese reexamen pueden ser: [...].

F. Contratos financieros: compensación global por saldos netos y derechos de compensación [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 116 a 123]

66) En general, los acuerdos de compensación global por saldos netos y de compensación de clausura deben ser legalmente protegidos y no han de ser, en la mayor medida posible, desatendidos.

67) Un derecho de compensación anterior a la apertura del procedimiento que exista conforme al derecho general debe ser protegido durante el procedimiento de liquidación y debe, en general, poder ejercitarse tanto por los acreedores como por la masa de la insolvencia. Además, el régimen ha de permitir asimismo la compensación después de la apertura si los créditos recíprocos surgen dentro [de la misma operación]]del mismo acuerdo]. Además, los países puede que deseen también estudiar la posibilidad de admitir la compensación después de la apertura del procedimiento en otras circunstancias, en particular con respecto a las obligaciones financieras recíprocas que se derivan de contratos financieros[16] definidos por el derecho[17].

[16] La definición de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el comercio internacional, 2001, inciso k) del artículo 5 prevé: Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera

68) En países en que no se permite la compensación posterior a la apertura del procedimiento para operaciones financieras recíprocas o donde el representante de la insolvencia está facultado a intervenir en las disposiciones sobre finalización de los contratos, puede que sea necesario hacer una excepción a estas reglas de manera que las disposiciones de "compensación global de clausura por saldos netos" contenidos en contratos financieros entre el deudor y otra de las partes puedan se aplicadas con certidumbre[18].

IV. Participantes e instituciones

A. El deudor [A/CN.9/ WG.V/WP.58, párrs. 152 a 170]

Finalidad

Las disposiciones referentes al deudor tienen por objeto:

a) Establecer los derechos y las obligaciones [responsabilidades] del deudor [y las personas asociadas con el deudor] durante la continuación del procedimiento de insolvencia;

b) Ocuparse de los recursos existentes ante la omisión del deudor en cumplir sus obligaciones;

c) Ocuparse de cuestiones relacionadas con la gestión del deudor así en la liquidación como en la reorganización.

Recomendaciones

Derecho a ser oído

69) El régimen de la insolvencia debe disponer que [tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización,] el deudor tiene derecho a ser oído en el procedimiento.

Derecho a participar y pedir información

70) El régimen de la insolvencia puede también disponer que el deudor tenga derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, en particular en el de reorganización, y a pedir información del representante de la insolvencia y el tribunal.

---

relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas.

[17] Véase *Orderly and effective Insolvency Procedures*, publicación del Fondo Monetario Internacional, 1999: Principal conclusión, pág. 43.

[18] Ibíd., pág. 44.

Obligaciones

71) El régimen de la insolvencia ha de identificar claramente las obligaciones del deudor respecto de los procedimientos de liquidación y reorganización. Entre las obligaciones del deudor deben figurar:

a) Cooperar con el representante de la insolvencia y ayudarlo a cumplir sus deberes;

b) Proporcionar información exacta, fiable y completa acerca de su situación financiera y sus negocios que puedan pedir razonablemente el tribunal, el representante de la insolvencia o el comité de acreedores;

c) Hacer posible que el representante de la insolvencia tomar eficazmente bajo su control la masa de la insolvencia;

d) Preparar una lista de acreedores y sus créditos en cooperación con el representante de la insolvencia y revisar y enmendar la lista a medida que se tramiten los créditos.

Confidencialidad

72) Si la información suministrada por el deudor es comercialmente de carácter delicado, se aplicarán disposiciones apropiadas para proteger la confidencialidad, expuestas en el régimen de la insolvencia o en el derecho procesal aplicable.

Continuación del funcionamiento del negocio del deudor

73) La ley debe ocuparse de la cuestión de la función que ha de desempeñar el deudor en la continuación del funcionamiento del negocio. Se han adoptado diversos enfoques, entre ellos:

a) Desplazamiento total del deudor de toda función en el negocio y la designación de un representante de la insolvencia;

b) Desplazamiento limitado en que el deudor puede continuar explotando el negocio día a día, sometido a la supervisión de un representante de la insolvencia que se haya nombrado, en cuyo caso la división de responsabilidades entre el deudor y el representante de la insolvencia debe concretarse en el régimen de la insolvencia;

c) Conservación del pleno control del negocio (deudor en posesión) sin haberse nombrado ningún representante de la insolvencia, con previsión del desplazamiento del deudor en determinados supuestos.

Sanciones por la falta de cumplimiento

74) El régimen de la insolvencia tiene que prever sanciones por la omisión del deudor en cumplir con las obligaciones especificadas.

B. El representante de la insolvencia [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 171 a 186]

Finalidad

Las disposiciones relativas al representante de la insolvencia tienen por objeto:

a) Concretar las condiciones de aptitud necesarias para ser nombrado representante de la insolvencia;

b) Establecer un mecanismo para el nombramiento de representantes de la insolvencia;

c) Definir las facultades y funciones del representante de la insolvencia;

d) Disponer sobre la responsabilidad, la destitución y la sustitución de un representante de la insolvencia.

Recomendaciones

Condiciones de aptitud

75) El régimen de la insolvencia puede concretar las condiciones de aptitud y cualidades personales necesarias para ser nombrado representante de la insolvencia. Entre los criterios pertinentes figuran que el representante de la insolvencia sea independiente e imparcial, tenga el conocimiento necesario del derecho mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y de negocios.

Nombramiento

76) El régimen de la insolvencia debe establecer el mecanismo para el nombramiento del representante de la insolvencia en la apertura del procedimiento. Cabe adoptar diversos enfoques, incluido el nombramiento por el tribunal; por una autoridad nombrante independiente¸ sobre la base de una recomendación de los acreedores o del comité de acreedores; por el deudor; o por efecto de la ley, cuando el representante de la insolvencia es un gobierno, un organismo administrativo o un funcionario.

Conflicto de intereses

77) El régimen de la insolvencia ha de exigir que una persona propuesta para ser nombrada como representante de la insolvencia que revele toda circunstancia que pueda entrañar un conflicto de intereses o mermar su independencia.

Facultades y funciones

78) El régimen de la insolvencia debe concretar claramente las facultades y funciones del representante de la insolvencia, incluidos:

a) Control de las existencias, recogida, venta y distribución de bienes;

b) Obtener información acerca del deudor, sus bienes, sus deudas, operaciones anteriores y [...];

c) Velar por el cumplimiento de sus obligaciones por el deudor;

d) Ayudar al deudor a preparar una lista de acreedores y sus créditos y velar porque la lista sea revisada y enmendada a medida que se admiten los créditos;

e) Verificación y admisión de créditos;

f) Gestión del negocio en reorganización y en liquidación si éste se ha de vender como negocio en marcha;

g) Suministro de información y presentación de informes sobre la práctica del procedimiento;

h) Nombramiento y remuneración de profesionales para ayudar al representante de la insolvencia;

i) Administración general de la masa;

j) Otros asuntos que determine el tribunal.

Responsabilidad

79) El régimen de la insolvencia debe ocuparse de las consecuencias, incluida la posible responsabilidad personal por el incumplimiento por el representante de la insolvencia de sus facultades y funciones o de la manera como las ha cumplido.

Destitución y sustitución

80) El régimen de la insolvencia ha de establecer las circunstancias en las que el representante de la insolvencia puede ser destituido y el procedimiento para la destitución. Entre las circunstancias en las que el representante de la insolvencia puede ser destituido figuran:

a) Por incompetencia, negligencia, omisión en el cumplimiento u omisión en el ejercicio del debido cuidado en el desempeño de sus facultades y funciones;

b) Si se aprecia que el procedimiento concreto de insolvencia requiere una competencia particular o diferente de la que carece el representante nombrado;

c) Si el representante de la insolvencia se ha dedicado a actos ilícitos; o

d) Si se plantean conflictos de intereses en circunstancias que justificarían la destitución.

81) El procedimiento para la destitución del representante de la insolvencia reflejarán la manera cómo se fue nombrado, pero pueden comprender la destitución por el tribunal a solicitud de los acreedores o del comité de acreedores; destitución por el tribunal por iniciativa propia; destitución por los acreedores cuando éstos lo han nombrado y [...].

82) En caso de fallecimiento, renuncia, incapacidad de cumplir o destitución del representante de la insolvencia, el régimen debe prever el nombramiento de un sucesor.

Remuneración

83) El régimen de la insolvencia ha de prever la remuneración del representante de la insolvencia, concretar un mecanismo para fijar esa remuneración y establecer la prioridad del pago de esa remuneración.

Recurso judicial

84) [Una disposición general que prevea un recurso contra una decisión adoptada por el representante de la insolvencia, por ejemplo respecto del régimen aplicable a lo contratos, las acciones de anulación, la admisión de créditos etc.; véase la nota de pie de página 14]

C. Acreedores [A/CN. 9/WG.V/WP.58, párrs. 192 a 212]

1. Categorías de acreedores y sus créditos

2. Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia

Finalidad

Las disposiciones sobre la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

a) Establecer las funciones y responsabilidades del cuerpo general de acreedores;

b) Prever la participación en el procedimiento de insolvencia del cuerpo general de acreedores mediante el nombramiento de un comité de acreedores;

c) Disponer un mecanismo para el nombramiento de un comité;

d) Establecer las funciones y responsabilidades del comité de acreedores.

Recomendaciones

Cuerpo general de acreedores [junta de acreedores]

85) El régimen de la insolvencia debería fijar las facultades y funciones del cuerpo general de acreedores. Éstas tendrían que comprender:

a) Aprobación o rechazo de un plan de reorganización;

b) [participación en] [asesoramiento sobre] cuestiones remitidas por el representante de la insolvencia[19].

86) El régimen de la insolvencia ha de concretar las materias sobre las cuales se necesita una votación del cuerpo general de acreedores y determinar los requisitos pertinentes para votar.

87) Los acreedores han de tener derecho a ser oídos en el procedimiento de insolvencia.

Comité de acreedores

88) El régimen de la insolvencia tiene que prever que el cuerpo general de acreedores participe activamente en el procedimiento de insolvencia mediante un comité de acreedores. Si los intereses y las categorías de los acreedores que participan en el procedimiento son diversos y la participación no será facilitada por el nombramiento de un único comité, el régimen de la insolvencia puede disponer el nombramiento de diferentes comités de acreedores.

Acreedores que se pueden nombrar

89) El régimen de la insolvencia debe concretar las categorías de acreedores que pueden o no ser nombrados miembros del comité. Entre los acreedores que no [pueden] [deben] ser nombrados miembros del comité de acreedores figurarían personas allegadas como los acreedores allegados al deudor (ya fuera personalmente o como director, gerente o asesor del deudor) y los acreedores con un interés personal en los negocios del deudor, cuando este interés encierra la posibilidad de afectar a la imparcialidad del acreedor en el ejercicio de las funciones del comité (por ejemplo, un competidor del deudor).

Participación de acreedores garantizados

90) Si hay acreedores garantizados que hubiesen entregado su garantía al representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debe permitirles participar en el procedimiento en la misma medida que los acreedores ordinarios no garantizados. Si los acreedores garantizados se quieren valer de bienes gravados para que se les pague parte o la totalidad de sus créditos, el régimen de la insolvencia debe limitar su participación en el procedimiento.

Mecanismo del nombramiento

91) El régimen de la insolvencia ha de establecer el mecanismo del nombramiento del comité de acreedores. Entre los diferentes enfoques pueden figurarla selección

[19] Entre estas cuestiones pueden figurar: asesoramiento sobre la continuación de la empresa en liquidación, distribución de bienes, financiación posterior a la apertura del procedimiento, remuneración de profesionales, conducción de procedimientos judiciales en los que el deudor era parte en el momento de la apertura; [...].

del comité de acreedores por el cuerpo general de acreedores o el nombramiento por el tribunal u otro órgano administrativo.

Funciones

92) El régimen de la insolvencia tiene que establecer las facultades y funciones del comité de acreedores , incluso:

a) Tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, una función general de asesoramiento, aconsejando y asistiendo al representante de la insolvencia:

b) Una función de supervisión con respecto al desarrollo del plan de reorganización, la venta de bienes relevantes y en otras materias como ordene el tribunal o se determine en cooperación con el representante de la insolvencia;

c) El derecho a ser oído en el procedimiento de insolvencia.

Empleo y remuneración de profesionales

93) El régimen de la insolvencia debe permitir al comité de acreedores, con la aprobación del [tribunal] [el cuerpo general de acreedores], emplear y remunerar a los profesionales que puedan necesitarse para asistir al comité de acreedores en el desempeño de sus funciones.

Responsabilidad

94) El régimen de la insolvencia debe prever que los miembros del comité de acreedores estén exentos de responsabilidad por sus actos en su calidad de miembros del comité, a menos que resulte que han actuado fraudulentamente.

Destitución y sustitución

95) El régimen de la insolvencia Tiene que prever la destitución y la sustitución de los miembros del comité de acreedores y concretar los motivos, incluida la negligencia [grave], [falta de las aptitudes necesarias], [incompetencia o ineficiencia].

Normas de procedimiento para el comité

96) El régimen de la insolvencia puede disponer el establecimiento de un reglamento que rija el desempeño de las funciones y la adopción de decisiones del comité de acreedores, incluidas reglas relativas a mayorías y votaciones.

D. Marco institucional [Nueva sección]

Recomendaciones

97) El régimen de la insolvencia debe ocuparse del marco institucional necesario para su aplicación.

98) Para garantizar que el régimen de la insolvencia se aplica de manera predecible, ha de proporcionar orientación suficiente sobre cómo el tribunal u otro órgano que supervise el proceso de insolvencia debe ejercitar sus facultades y desempeñar sus funciones conforme al mismo régimen.

V. Administración del procedimiento

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores
[A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs.213 a 252]

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los créditos de los acreedores tienen por objeto:

a) Definir los créditos que pueden presentarse;

b) Habilitar a las personas titulares de un crédito contra un deudor a formular demandas contra la masa de la insolvencia;

c) Establecer un mecanismo para la verificación y admisión o el rechazo (en todo o en parte) de los créditos;

d) Prever el reexamen de los créditos impugnados;

e) Establecer un régimen aplicable a créditos particulares, incluidos los de los acreedores garantizados, los acreedores extranjeros, acreedores cuyos créditos son en moneda extranjera, créditos condicionales o no monetarios, demandas de intereses y demandas respecto de deudas no vencidas.

Recomendaciones

99) Entre los créditos que pueden ser presentados figurarán todos los derechos a un pago dimanantes de actos u omisiones del deudor anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, vencidos o no vencidos, por una cantidad determinada (líquidos) o indeterminada (líquidos), fijos o contingentes. El régimen de la insolvencia debe identificar los créditos que no serán afectados por el procedimiento de insolvencia[20].

[20] Estos créditos pueden abarcar, por ejemplo, multas, sanciones e impuestos. Los créditos continuarán existiendo y no se incluirán en ningún descuento.

Trato igual

100) El régimen de la insolvencia debe prever que todos los acreedores, incluso los extranjeros, sean tratados igualmente en lo que respecta a la presentación y al régimen aplicable a los créditos.

Momento de presentación de los créditos

101) El régimen de la insolvencia ha de establecer el momento en que se pueden presentar los créditos, o bien:

a) Dentro de un plazo determinado después de [la apertura del procedimiento] [la notificación de la apertura del procedimiento]; o

b) En cualquier momento antes de la distribución definitiva o en otro momento concreto antes de que se estudie un plan de reorganización.

Consecuencias de la omisión de demandar

102) El régimen de la insolvencia debe ocuparse de las consecuencias aplicables si no se presenta un crédito en el plazo previsto.

Créditos en moneda extranjera

103) Respecto de los créditos en moneda extranjera, el régimen de la insolvencia ha de indicar si la conversión del crédito a la moneda local se determinará con referencia al momento de la solicitud de apertura del procedimiento o al de la propia apertura.

Prueba de los créditos

104) El régimen de la insolvencia ha de prever que un acreedor pueda ser requerido a que presente pruebas de su crédito al tribunal, o si no, al representante de la insolvencia, sin tener que comparecer personalmente.

Admisión o rechazo de los créditos

105) El régimen de la insolvencia ha de disponer la admisión o el rechazo de cualquier crédito, total o parcialmente, por el representante de la insolvencia. Si éste rechaza un crédito, se le debe pedir que dé razones de ese rechazo. Los acreedores cuyos créditos han sido rechazados o impugnado deben tener derecho a recurrir. Una parte interesada puede procurar que se vuelva a examinar la admisión de cualquier crédito.

Admisión provisional

106) Para facilitar la práctica del procedimiento y, en particular, la votación de los acreedores, el régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos de valor

indeterminado, los créditos garantizados y los impugnados en el procedimiento de insolvencia puedan ser provisionalmente admitidos por el representante de la insolvencia, a la espera de la evaluación del crédito, o de la resolución de la impugnación por el tribunal.

107) La evaluación de un crédito puede ser efectuada por el representante de la insolvencia o por el tribunal. Si la evaluación la hace el representante de la insolvencia, debe estar sujeta a recurso ante el tribunal, cuando la objete una parte interesada.

Efectos de la admisión

108) El régimen de la insolvencia debe establecer los efectos de la admisión, incluida la provisional, de un crédito. Estos efectos pueden consistir:

a) Permitir al acreedor votar en una reunión del cuerpo general de acreedores, incluso sobre la aprobación o el rechazo de un plan de reorganización;

b) Determinar la [clase en que el acreedor tiene derecho a votar] [la prioridad a que tiene derecho el crédito del acreedor];

c) Determinar la cantidad por la que el acreedor tiene derecho a votar;

d) Excepto en el caso de la admisión provisional de un crédito, permitir al acreedor participar en una distribución[21].

Créditos de partes allegadas

109) El régimen de la insolvencia debe concretar el régimen aplicable a los créditos de partes allegadas. Entre los diferentes criterios figuran:

a) Sujetar el crédito a un cuidadoso escrutinio;

b) Restringir los derechos de voto de la parte allegada;

c) Subordinar el crédito;

d) Limitación de la cantidad del crédito.

B. Financiación y crédito otorgado con posterioridad a la apertura del procedimiento [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 187 a 191]

Finalidad

Las disposiciones sobre la financiación y el crédito otorgado con posterioridad a la apertura del procedimiento tienen por objeto:

[21] No obstante, cuando se hace una distribución, el representante de la insolvencia debe tener en cuenta los créditos que han sido provisionalmente admitidos o presentados pero aún no admitidos (véanse las recomendaciones sobre distribución, cap. V, secc. C).

a) Permitir obtener financiación y crédito para continuar el funcionamiento o para la supervivencia del negocio del deudor o la conservación o el aumento del valor de los bienes del deudor;

b) Proporcionar una protección apropiada a los proveedores de financiación después de la apertura;

c) Proporcionar una protección apropiada a las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de financiación y crédito después de la apertura del procedimiento..

Recomendaciones

110) El régimen de la insolvencia ha de permitir al representante de la insolvencia obtener financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia determina que ello es necesario para la continuación del funcionamiento o la supervivencia de la empresa del deudor o la conservación o el aumento del valor de los bienes del deudor. El régimen de la insolvencia puede disponer que se necesite autorización del tribunal.

111) El régimen de la insolvencia ha de permitir que el representante de la insolvencia obtenga crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia determina que ello es necesario para la continuación del funcionamiento o la supervivencia de la empresa del deudor o la conservación o el aumento del valor de los bienes del deudor.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

112) El régimen de la insolvencia deberá permitir que se preste garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura del procedimiento, incluso el gravamen de bienes no gravados y garantía nueva o con menor prioridad sobre bienes ya gravados.

113) El régimen de la insolvencia ha de disponer que una garantía real sobre los bienes del deudor para asegurar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tenga prioridad por encima de alguna otra garantía real existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia notifique al acreedor así ya garantizado y obtiene su consentimiento o sigue el procedimiento de la recomendación 114.

114) El régimen de la insolvencia debe disponer que cuando el titular de la garantía real ya existente no da su consentimiento, el tribunal podrá autorizar [la concesión] [la constitución] de esa garantía, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, incluidas:

a) Que el acreedor ya garantizado tenga suficiente garantía sobre los bienes de modo que no [será perjudicado] [sufrirá un perjuicio irrazonable] por una prioridad dada al financiador posterior a la apertura del procedimiento;

b) Se notificó al acreedor garantizado y se le dio la oportunidad de ser oído por el tribunal;

c) El deudor pueda probar que no le es posible obtener de otra manera la financiación ;

d) Los intereses del acreedor garantizado serán suficientemente protegidos.

Prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura

115) El régimen de la insolvencia tendrá que establecer la prioridad que puede concederse para la financiación posterior a la apertura del procedimiento, que garantice por lo menos el pago al proveedor de la financiación posterior a la apertura del procedimiento antes del pago a los acreedores ordinarios no garantizados (una prioridad administrativa).

C. Distribución a raíz de la liquidación de los bienes

[A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 253 a 255]

Finalidad

Las disposiciones sobre la distribución tienen por objeto:

a) Establecer el orden en que se han de pagar los créditos con el patrimonio del deudor tras la realización de los bienes en liquidación;

b) Velar por que los acreedores de la misma clase sean tratados igualmente y se les paga proporcionalmente con los bienes del patrimonio.

Recomendaciones

116) El régimen de la insolvencia tiene que establecer el orden en que los créditos, que no sean créditos garantizados, se han de pagar con el patrimonio del deudor tras la venta de los bienes en liquidación.

117) El régimen de la insolvencia debe minimizar las prioridades. Cuando se conceden prioridades en virtud de una ley distinta del régimen de la insolvencia, deben ser claramente mencionadas en este último.

118) Los créditos garantizados deben pagarse con el producto de la venta de la garantía, con sujeción a los créditos que les sean superiores en prioridad, de haberlos[22].

[22] Nota para el Grupo de Trabajo: El Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento ha sugerido que la Guía considere la proposición de que un acreedor garantizado debería compartir parte de la carga de un fracaso financiero, por lo menos con respecto a los acreedores involuntarios, como a quienes piden daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual y empleados y, en particular cuando el acreedor garantizado es titular de una “prenda industrial” sobre cada bien de la entidad deudora. Con este fin, se propone añadir el siguiente texto para la protección de los derechos de los empleados al final de esta recomendación: “… siempre, sin embargo, que si un acreedor garantizado es titular de un derecho de retención o una hipoteca sobre sustancialmente todos los bienes del deudor, el producto de la realización de la garantía debe pagarse para satisfacer todos los créditos salariales acumulados e impagados de los empleados (si no están garantizados de otra manera por un organismo del Estado) y luego para satisfacer

119) Con respecto al pago de créditos de otras categorías que los créditos garantizados, el régimen de la insolvencia debe prever que la cantidad disponible para ser distribuida entre los acreedores se pague en el siguiente orden:

a) Costos y gastos administrativos, incluso los ocasionados en conexión con el nombramiento, desempeño de facultades y funciones y remuneración del representante de la insolvencia y el comité de acreedores;

b) Créditos anteriores a la apertura del procedimiento que gocen de prelación;

c) Créditos ordinarios anteriores a la apertura del procedimiento;

d) Créditos diferidos o subordinados anteriores a la apertura del procedimiento;

e) El deudor.

120) Con respecto al pago de créditos de la misma clase, el régimen de la insolvencia ha de disponer, como principio general, que los créditos en cada clase tienen el mismo rango entre ellos. Todos los créditos en una clase en particular deben ser pagados íntegramente antes de que se pague a la clase siguiente. Si no hay fondos suficientes para pagarlos íntegramente, se han de pagar a proporción.

121) El régimen de la insolvencia ha de disponer que las distribuciones se hagan prontamente y cabe pagarlas, en la medida de los posible con carácter provisional o definitivo. Al hacer una distribución, un representante de la insolvencia tiene que hacer una previsión para los créditos provisionalmente aceptados, y créditos presentados y aún no admitidos.

D. Liberación del deudor [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 256 a 260]

Finalidad

Las disposiciones sobre la liberación del deudor tienen por objeto:

a) Permitir a un deudor individual verse liberado finalmente de la responsabilidad por deudas anteriores a la apertura del procedimiento, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo;

b) Establecer las circunstancias conforme a las cuales se concederá la liberación y los términos en que se concede.

Recomendaciones

122 Si el régimen de la insolvencia admite la de los individuos que se dedican a actividades comerciales, corresponde ocuparse de la cuestión de la liberación del deudor de la responsabilidad de las deudas anteriores a la apertura del procedimiento [tras la liquidación de los bienes del patrimonio] [la finalización del proceso de liquidación]. Pueden adoptarse diversos enfoques:

---

todos los créditos por daños en la persona (que no estén cubiertos por un seguro) y después al acreedor garantizado, de conformidad con la primera cláusula de la recomendación.

a) El deudor puede ser completa e inmediatamente liberado si el deudor [es honrado] [y] no ha actuado fraudulentamente] [actúa de buena fe];

b) La liberación puede no ser aplicable hasta la expiración de un plazo concreto después de [la distribución] [la apertura del procedimiento], durante el cual se espera que el deudor haga un intento de buena fe por satisfacer sus obligaciones;

c) Ciertas deudas pueden ser excluidas de la liberación, como las que no fueron reveladas por el deudor[23].

d) La liberación puede estar sometida a ciertas condiciones, como restringir el acceso a nuevo crédito o impedir la continuación de los negocios durante cierto tiempo.

E. Clausura [y reapertura] del procedimiento [nueva sección]

123) Después de que un procedimiento de insolvencia ha sido totalmente administrado [y el representante de la insolvencia liberado] hay que adoptar las disposiciones necesarias para cerrar el procedimiento de insolvencia.

124) [reapertura].

VI. Reorganización: cuestiones adicionales

A. Plan de reorganización [A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 261 a 299]

Finalidad

Las disposiciones relativas al plan de reorganización tienen por objeto:

a) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades, financieras protegiendo así las inversiones y preservando el empleo;

b) Facilitar la maximización del valor de la masa de la insolvencia;

c) Facilitar la negociación y aprobación de un plan de reorganización y dar efectividad a la aprobación, previendo un mecanismo por el que queden vinculados al plan todos los acreedores y demás partes interesadas;

d) Determinar las consecuencias de que no se presente ningún plan de reorganización aceptable o de que no se obtenga la aprobación del plan por los acreedores, así como de que no se obtenga, en ciertos supuestos, la conversión del procedimiento en uno de liquidación;

e) Permitir la ejecución del plan de reorganización, particularmente en lo relativo a la liberación de las deudas y la reordenación de los créditos, previendo las consecuencias de todo fracaso en la ejecución del plan.

[23] Si el régimen de la insolvencia dispone que ciertos créditos no serán afectados por el procedimiento de insolvencia, esos créditos quedarán también excluidos de la liberación, pero no es necesario incluirlos específicamente en esta sección (véanse las recomendaciones sobre el régimen aplicable a los créditos de los acreedores, cap. V, secc. A, y nota de pie de página 20).

Recomendaciones

Plazo para la preparación del plan

125) El régimen de la insolvencia debe prever que el plan de reorganización [esté preparado] [sea depositado] al presentarse o una vez presentada la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, pero antes de que transcurra cierto plazo a partir de la apertura del procedimiento de insolvencia.

a) Ese plazo podrá ser fijado por el tribunal o, en su defecto, por el régimen de la insolvencia.

b) El tribunal deberá estar facultado para prorrogar ese plazo siempre que las circunstancias lo justifiquen.

Partes encargadas de la preparación del plan

126) El régimen de la insolvencia debe especificar cuáles serán las partes que se encargarán de preparar el plan de reorganización.

127) Al prever la preparación del plan de reorganización, el régimen de la insolvencia debe adoptar un enfoque flexible que permita la participación de toda parte que sea esencial al procedimiento de insolvencia, es decir, el deudor, los acreedores y el representante de la insolvencia. El régimen de la insolvencia puede combinar diversos elementos:

a) Cabría otorgar a una de las partes un plazo de exclusividad para presentar un plan. A fin de alentar al deudor a solicitar la apertura del procedimiento en una etapa temprana de sus dificultades financieras [cabría dar] [debería darse] al deudor esa oportunidad. Tal vez proceda que la parte a la que se otorgue el plazo de exclusividad esté obligada a consultar con las demás partes a fin de que sea presentado un plan lo más aceptable posible;

b) De no presentarse ningún plan aceptable dentro del plazo de exclusividad, cabrá dar la oportunidad de presentar un plan al representante de la insolvencia, y a ciertos acreedores o al comité de acreedores actuando en colaboración con el representante de la insolvencia.

Contenido del plan

128) El régimen de la insolvencia debería especificar las indicaciones mínimas que deberán darse en el plan de reorganización, a saber:

a) Las categorías de los acreedores y el trato que se dará a cada una de ellas (por ejemplo, cuánto recibirán y el calendario de pago);

b) El trato que se dará a los contratos, y particularmente a los contratos de empleo;

c) las modalidades de ejecución del plan, que tal vez supongan:

i) la venta de la empresa como negocio en marcha;

ii) la reestructuración del capital de la empresa deudora.

Nota explicativa

129) El régimen de la insolvencia debe exigir que el plan de reorganización sea presentado a la aprobación de los acreedores acompañado de una nota explicativa que permita a los acreedores decidir con conocimiento de causa sobre el plan. Este nota deberá presentar:

a) El estado financiero del deudor, con indicación del activo, del pasivo y de los flujos de tesorería;

b) Una comparación del trato que se dará a los acreedores de ejecutarse el plan y el que recibirían de procederse a la liquidación;

c) Las razones por las que la empresa pueda proseguir el negocio y ser reorganizada con éxito; y

d) Información que haga ver que, de ejecutarse el plan, el activo de la empresa deudora superara su pasivo.

Aprobación del plan

130) El régimen de la insolvencia debe establecer el mecanismo de voto para la aprobación del plan de reorganización. Debe indicar las modalidades de voto, ya sea en una reunión de los acreedores convocada al efecto o por correo o algún otro medio, incluso electrónico, indicando asimismo si los acreedores votarán por categorías en función de sus respectivos derechos.

131) El régimen de la insolvencia debe fijar la mayoría requerida para la aprobación del plan de reorganización. Esa mayoría debe fijarse en función únicamente de los acreedores que ejerciten su derecho de voto. No se recomienda ni la unanimidad ni la mayoría simple de los acreedores que participen en la votación. Debería exigirse una mayoría simple de los acreedores que hayan votado, así como una mayoría en términos del importe de los créditos de que sean titulares esos acreedores. La mayoría exigida en términos del importe de los créditos podrá ser una mayoría simple o superior, por ejemplo de dos tercios. [Si los acreedores votan por categorías, tal vez deba exigirse la mayoría requerida respecto de cada categoría.]

Carácter vinculante del plan para los acreedores discrepantes

132) El régimen de la insolvencia debe regular el trato que se ha de dar a los acreedores que no hayan votado a favor del plan de reorganización y prever algún mecanismo que los vincule jurídicamente al plan, con tal de que se cumplan ciertos requisitos. Esos requisitos pudieran ser que: los acreedores discrepantes reciban con arreglo al plan no menos de lo que recibirían de procederse a la liquidación; los acreedores con créditos de rango inferior, el deudor y los accionistas de la empresa deudora no reciban más con arreglo al plan que los acreedores discrepantes; ningún acreedor al que le corresponda un trato igual al del acreedor discrepante goce de alguna ventaja respecto del trato otorgado a este último [; y en el supuesto de que

los acreedores voten por categorías, que una mayoría de las categorías haya aprobado el plan por la mayoría requerida].

Confirmación del plan

133) Cuando el régimen de la insolvencia disponga que el plan de reorganización ha de ser confirmado por el tribunal, el tribunal deberá denegar su confirmación del plan cuando:

a) Haya habido irregularidades en el procedimiento de aprobación;

b) No esté previsto que los acreedores reciban, con arreglo al plan, al menos lo que recibirían de procederse a la liquidación;

c) El plan conlleve alguna medida contraria a derecho.

Efecto del plan

134) Todo plan de reorganización confirmado debe ser vinculante para el deudor, para los acreedores y para los accionistas y debe liberar al deudor de toda deuda nacida antes de la [confirmación del plan] [apertura del procedimiento].

Impugnación del plan

135) El régimen de la insolvencia debe permitir que toda parte interesada impugne la aprobación del plan de reorganización y señalar cuál será el momento en que deberá hacerse. Podrá asimismo indicar cuáles son los criterios por los que deberá estimarse si la impugnación está o no justificada *[los mismos que para la confirmación]*:

a) Haya habido irregularidades en el procedimiento de aprobación;

b) No esté previsto que los acreedores reciban, con arreglo al plan, al menos lo que recibirían de procederse a la liquidación;

c) El plan conlleve alguna medida contraria a derecho.

Modificación del plan con posterioridad a su aprobación [confirmación].

136) El régimen de la insolvencia debe prever ciertos supuestos en los que se permitirá modificar un plan de reorganización, indicando cuáles serán las partes facultadas para proponer modificaciones y cuál será el momento de proponerlas. Cabe citar como posible motivo para proponer la modificación de un plan aprobado [y confirmado], que la ejecución del plan fracase o que esa ejecución resulte parcial o totalmente imposible, y que esa modificación ofrezca un remedio sencillo. El plan modificado deberá ser aprobado por los acreedores y satisfacer todo criterio requerido para ser confirmado.

Supervisión de la ejecución

137) El régimen de la insolvencia puede prever que el plan de reorganización estará sujeto a supervisión judicial o que el tribunal nombrará un supervisor al efecto o encomendará dicha tarea al representante de la insolvencia.

Término de la ejecución

138) El régimen de la insolvencia debe prever, para el supuesto que la ejecución del plan de reorganización fracase y no sea posible modificarlo, que:

a) Se podrá poner término a la ejecución del plan;

b) De no haberse clausurado el procedimiento de reorganización, se podrá transformar dicho procedimiento en uno de liquidación.

Clausura [y reapertura] del procedimiento

139) Una vez que se haya completado la administración de la masa de la insolvencia [y se haya puesto fin a la misión del representante de la insolvencia] el tribunal podrá dar por clausurado el procedimiento.

140) [reapertura].

B. Procedimiento de reorganización acelerada [ver A/CN.9/WG.5/WP.61/Add.1]

A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 26º período de sesiones

Adición

Regímenes de la insolvencia eficaces y eficientes

Segunda parte. Disposiciones fundamentales

VI. Reorganización - otras cuestiones

B. Procedimientos de reorganización agilizados [Nuevo: véase A/CN.9/507, párrs. 244 a 246]

Finalidad

Las disposiciones relativas a los procedimientos de reorganización agilizados tienen por objeto:

a) Reconocer que la reorganización extrajudicial es un instrumento económico y eficiente para el rescate de empresas en dificultades financieras;

b) Estimular, facilitar y conservar los beneficios de las reorganizaciones extrajudiciales apoyadas por una mayoría de cada una de las categorías de acreedores afectadas [y tenedores de acciones u obligaciones] proporcionando un procedimiento agilizado de reorganización conforme al régimen de la insolvencia que vincule la minoría de cada una de las categorías de acreedores afectadas [y tenedores de acciones u obligaciones] que no acepten el plan de reorganización negociado extrajudicialmente;

c) Prever salvaguardias para los acreedores afectados discrepantes.

Recomendaciones

Apertura de un procedimiento de reorganización agilizado

1) Un deudor [que sea admisible conforme al régimen de la insolvencia] puede presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de reorganización agilizado [para ejecutar un plan de reorganización votado y aceptado por una mayoría de cada categoría de acreedores afectada [y tenedores de acciones u obligaciones] antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.]

2) La solicitud debe ajustarse a los requisitos para una apertura de un procedimiento de reorganización e ir acompañado de los siguientes otros materiales:

a) El plan de reorganización;

b) Una descripción de la actividad extrajudicial de reorganización que precedió la presentación de la solicitud de apertura, incluida la información proporcionada a los acreedores afectados [y tenedores de acciones u obligaciones] a fin de hacerles posible adoptar una decisión informada acerca del plan [o un resumen de esa información];

c) Un informe de las votaciones de las categorías de acreedores [y tenedores de acciones u obligaciones] afectadas;

d) Un análisis financiero preparado por [el deudor] [un experto independiente] que demuestre que el plan de reorganización prevé que los acreedores discrepantes recibirán por lo menos tanto como hubieran recibido en un proceso de liquidación conforme al régimen de la insolvencia; y

e) Una lista de los miembros de cualquiera comités de acreedores formados en el curso de la reorganización extrajudicial.

3) El régimen de la insolvencia debería disponer que la solicitud funcione como apertura automática del procedimiento, y que:

a) Los efectos de la apertura deben limitarse al deudor y a las categorías de acreedores [y tenedores de acciones u obligaciones] afectadas por el plan;

b) Todo comité de acreedores formado en el curso de la reorganización extrajudicial ha de ser tratado como un comité de acreedores nombrado conforme al régimen de la insolvencia; y

c) Las disposiciones del régimen de la insolvencia aplicables al procedimiento de reorganización se aplicarán también al procedimiento de reorganización agilizado excepto que otra cosa se disponga en la presente sección; y

d) Se deberá celebrar tan pronto como sea posible, una vista sobre la confirmación del plan de reorganización.

4) Debe notificarse prontamente la apertura del procedimiento a los acreedores [y tenedores de acciones u obligaciones] afectados por el plan de reorganización y a la vez:

a) Indicar la cantidad del crédito de cada acreedor, según el deudor;

b) Indicar el plazo para presentar un crédito por una cantidad diferente cuando el acreedor discrepe del crédito declarado por deudor y precisar el lugar donde puede presentarse el crédito;

c) Indicar el momento y el lugar de la vista sobre la confirmación del plan de reorganización, y para presentar una objeción a la confirmación.

Confirmación del plan

5) El tribunal debe confirmar el plan de reorganización si determina que:

a) El plan satisface los requisitos para la confirmación de un plan en un procedimiento de reorganización no agilizado, en la medida en que esos requisitos se aplican a los acreedores [y tenedores de acciones u obligaciones] afectados;

b) La información facilitada a los acreedores [y tenedores de acciones u obligaciones] afectados durante la reorganización extrajudicial es suficiente para

permitirles adoptar una decisión informada sobre el plan [y si toda solicitud de aceptaciones del plan anterior a la apertura cumple con el régimen de la insolvencia aplicable];

c) Los acreedores [y tenedores de acciones u obligaciones] disidentes recibirán por lo menos tanto como hubieran recibido en un proceso de liquidación conforme al régimen de la insolvencia.

A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.2

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 26º período de sesiones

Adición

Observaciones generales

1. La presente nota contiene la estructura revisada de la sección del proyecto de Guía dedicada al comentario. Se revisará el orden del comentario que figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.57 y A/CN.9/WG.V/WP.58 de conformidad con la nueva estructura y epígrafes de los diversos capítulos de la Guía y de sus secciones, que pueden verse a continuación.

Índice revisado

Búsqueda de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia

Primera parte. Principales objetivos

1. Introducción
2. Principales objetivos
   a) Maximizar el valor de los bienes
   b) Saber cuándo recurrir a la liquidación y cuándo a la reorganización
   c) Trato equitativo que se ha de dar a los acreedores de rango similar
   d) Prever una apertura rápida y eficiente del procedimiento y propiciar una solución imparcial de la insolvencia
   e) Prevenir todo desmembramiento prematuro de la masa patrimonial del deudor por sus acreedores
   f) Prever un procedimiento transparente con incentivos que favorezcan la recolección y la presentación de información
   g) Reconocer todo derecho válido que tengan los acreedores y respetar el orden de prelación de los créditos en el marco de un procedimiento cuyo desarrollo sea previsible
   h) Crear un marco para la insolvencia transfronteriza
3. Recomendaciones

Segunda parte. Disposiciones básicas

I. Introducción

A. Tipos de procedimiento previstos para un supuesto de insolvencia

1. Liquidación
2. Reorganización
   a) Procedimiento de reorganización con intervención judicial (formal)
   b) Procedimiento de reorganización extrajudicial (informal)
   c) Procedimientos de carácter administrativo
   d) Procedimiento de reorganización acelerada

B. Estructura [organización] del régimen de la insolvencia

1. Introducción
2. Relación entre diversos tipos de procedimiento
3. Conversión de un procedimiento en otro de índole diversa
4. Recomendaciones

II. Solicitud y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia

A. Condiciones que ha de reunir el solicitante y competencia del tribunal

1. Deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia
2. Ámbito de aplicación del régimen de la insolvencia
   a) Centro de los principales intereses del deudor
   b) Establecimiento
   c) Presencia de bienes
3. Recomendaciones

B. Criterios para la presentación de la solicitud y para la declaración de apertura

1. Introducción
2. Liquidación
   a) Solicitudes presentadas por deudores
   b) Solicitudes presentadas por acreedores
   c) Solicitudes presentadas por una autoridad pública
3. Reorganización
   a) Solicitudes presentadas por deudores
   b) Solicitudes presentadas por acreedores
4. Cuestiones de índole procesal
   a) Declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia
   b) Plazo para la declaración de apertura
   c) Notificación de apertura
5. Recomendaciones

III. Régimen aplicable a los bienes que formen parte de la masa al declararse abierto un procedimiento de insolvencia

A. Bienes que se verán afectados

1. Introducción
2. Bienes que forman parte de la masa de la insolvencia
3. Bienes que cabe excluir de la masa: bienes de personas naturales
4. Recuperación de bienes
5. Recomendaciones

B. Amparo y preservación de la masa de la insolvencia

1. Introducción
2. Protección de la masa contra los acreedores y frente a terceros
3. Medidas provisionales
4. Solicitud de paralización de toda otra actuación: cuestiones procesales
   a) Alcance de la paralización
   b) Imposición discrecional o automática de la paralización
   c) Duración de la paralización
5. Alcance de la paralización respecto de los acreedores no garantizados
6. Alcance de la paralización respecto de los acreedores garantizados
   a) Liquidación
   b) Reorganización
7. Protección de los acreedores garantizados
   a) Salvaguarda del valor económico de los bienes constituidos en garantía
   b) Entrega del bien gravado
   c) Levantamiento de la paralización
8. Limitación de las facultades de disposición del deudor respecto de los bienes
9. Recomendaciones

C. Utilización de los bienes y actos de disposición

1. Introducción
2. Utilización, arriendo y venta de bienes de la masa de la insolvencia
3. Bienes constituidos en garantía y bienes pertenecientes a terceros
4. Abandono de bienes onerosos
5. Entrega de bienes constituidos en garantía
6. Procedimiento a seguir para la venta de bienes
7. Recomendaciones

D. Régimen aplicable a los contratos

1. Introducción
2. Decisión de proseguir un contrato
   a) Reorganización
   b) Liquidación

c) Excepciones
3. Decisión de no proseguir un contrato
a) Liquidación
b) Reorganización
c) Excepciones
4. Cesión
5. Excepciones generales a la facultad de proseguir o de no proseguir un contrato, o cederlo
6. Operaciones concertadas tras la apertura del procedimiento
7. Recomendaciones

E. Acciones de impugnación

1. Introducción
2. Tipos de operaciones impugnables
a) Operaciones fraudulentas
b) Operaciones sin contravalor suficiente
c) Operaciones preferenciales
3. Plazo de sospecha
4. Responsabilidad de la otra parte en una operación impugnada
5. Operaciones nulas y operaciones anulables
6. Cuestiones probatorias
7. Operaciones con personas con las que se mantenga alguna relación subyacente
8. Presentación de una acción de impugnación por toda otra parte interesada, que no sea el administrador de la insolvencia
9. Recomendaciones

F. Contratos financieros: compensación global por saldos netos y compensación bilateral

IV. Participantes e instituciones

A. El deudor

1. Introducción
2. Derechos
a) Derecho del deudor a ser oído
3. Obligación del deudor de:
a) cooperar y prestar asistencia
b) facilitar información
4. Confidencialidad
5. Explotación ininterrumpida del negocio del deudor
a) Liquidación
b) Reorganización
6. Responsabilidad
7. Recomendaciones

B. Representante de la insolvencia

1. Introducción
2. Condiciones que ha de reunir el representante
3. Selección
   a) Masas desprovistas de bienes
4. Facultades y funciones
5. Responsabilidad
6. Destitución y sustitución
7. Remuneración
8. Recomendaciones

C. Acreedores

1. Categorías de acreedores y sus créditos
   a) Acreedores garantizados
   b) Acreedores con créditos de la administración de la insolvencia
   c) Acreedores privilegiados y con prelación
   d) Acreedores ordinarios
   e) Empleados
   f) Propietarios
   g) Personas con las que se mantenga alguna relación subyacente
2. Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia
   a) Introducción
   b) Junta general de acreedores [asamblea de acreedores]
   c) Comité de acreedores
      i) Composición
      ii) Acreedores excluidos
      iii) Selección [formación]
      iv) Deberes
      v) Responsabilidad
      vi) Destitución y sustitución
3. Recomendaciones

D. Marco institucional

V. Dirección del procedimiento

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

1. Introducción
2. Créditos de los acreedores
   a) Presentación de los créditos
   b) Créditos provisionales
   c) Conversión de los créditos en moneda extranjera
   d) Comprobación de los créditos
   e) Cesión de créditos
   f) Créditos de personas con las que exista alguna relación subyacente
3. Recomendaciones

B. Financiación negociada con posterioridad a la apertura del procedimiento

1. Introducción
2. Recomendaciones

C. Distribución a raíz de la liquidación de los bienes

1. Introducción
2. Recomendaciones

D. Liberación del deudor

1. Introducción
2. Recomendaciones

E. Clausura [y reapertura] del procedimiento

VI. Reorganización: cuestiones adicionales

A. Plan de reorganización

1. Introducción
2. Índole y forma del plan
3. Preparación
4. Contenido
5. Aprobación
   a) Créditos privilegiados y créditos garantizados
   b) Acreedores ordinarios
      i) Mayoría requerida
      ii) Categorías de acreedores ordinarios
      iii) Decisiones vinculantes para categorías en minoría de acreedores discrepantes
      iv) Accionistas
   c) Personas con alguna relación subyacente
   d) Efecto del plan
6. Confirmación judicial
7. Impugnaciones
8. Enmienda del plan
9. Aplicación del plan
10. Rechazo o aplicación infructuosa del plan
11. Conversión del procedimiento en uno de liquidación
12. Exoneración de las deudas y de los créditos
13. Terminación del plan
14. Recomendaciones

B. Procedimiento acelerado de reorganización

J. Nota de la Secretaría relativa al informe sobre el cuarto Coloquio Judicial CNUDMI-INSOL sobre la Insolvencia Transfronteriza, 2001 (A/CN.9/518) [Original: inglés]

1. La presente nota contiene un informe sobre el debate y las conclusiones alcanzadas en el 4º Coloquio Judicial Multinacional relativo a la Insolvencia Transfronteriza celebrado el 16 y el 17 de julio de 2001 en Londres y organizado por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) e INSOL International (la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia).

2. Asistieron más de 60 jueces y funcionarios de los Gobiernos de 29 Estados, que representaban una amplia gama de experiencia práctica y de perspectivas desde los diversos ordenamientos jurídicos. El Coloquio examinó los progresos de la aprobación de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y la aplicación de la legislación que pone en vigor la Ley Modelo para las cuestiones transfronterizas, así como el proyecto de directrices para la cooperación judicial y aspectos de la formación y la educación judiciales. Brindó una oportunidad para que los jueces se pusieran en contacto entre ellos y profundizaran su comprensión de los diversos enfoques nacionales de los casos de insolvencia transfronteriza, incluidas las medidas legislativas en curso.

Aprobación de la Ley Modelo

3. El Coloquio oyó un informe sobre los progresos de la aprobación de la Ley Modelo y un resumen de la legislación que la promulga, poniendo de relieve los diferentes enfoques que se habían adoptado frente a disposiciones concretas. Se examinó un caso hipotético de insolvencia transfronteriza y se estudiaron las soluciones ofrecidas por las diferentes leyes de promulgación.

4. Una inquietud se centró en que si bien la Ley Modelo proporcionaba por sí misma cierto grado de flexibilidad a los Estados promulgantes para configurar su legislación, abordar el texto como si fuera un menú del cual elegir disposiciones podía tener como consecuencia diferencias apreciables en la legislación promulgada. Se sugirió que ese resultado encerraba la posibilidad de producir confusión si las personas que intervenían en casos transfronterizos confiaban en el hecho de la aprobación de la Ley Modelo, en vez de examinar las disposiciones concretas de las leyes que la promulgaban.

5. A pesar de las diferencias en la legislación que la incorporaba al derecho nacional, el examen de un caso hipotético de insolvencia transnacional mostró la posible complejidad de los casos transfronterizos y aportó una ilustración práctica de cómo la aprobación de la Ley Modelo podía facilitar la gestión de esos casos. Se observó que con la promulgación de la Ley Modelo, las diferentes tradiciones jurídicas de los países, de derecho anglosajón y de derecho romanístico, podían acercarse en las cuestiones transfronterizas estableciendo el marco legislativo claro y preciso necesario para facilitar la administración de casos con elementos transfronterizos. No obstante, se observó que era a menudo difícil atenerse a las palabras de la Ley Modelo dado que la costumbre y la cultura desempeñaban un

papel en el desarrollo de la legislación y se necesitaba frecuentemente cambios para ajustar la ley de modo que satisficiera las necesidades locales.

6. Se observó que algunos países habían incluido una disposición que estatuía la reciprocidad para regir el reconocimiento de las actuaciones extranjeras y de los representantes extranjeros. Se expresó cierta preocupación de que ese criterio encerraba la posibilidad no sólo de crear una falta de claridad sobre cómo cabía aplicar la Ley Modelo, sino también de anular la universalidad de la misma. Además, se observó que la política de disponer el reconocimiento y la asistencia sólo a título de reciprocidad podía impedir a un país que adoptara esa política de ofrecer libremente asistencia y otorgar reconocimiento sobre la base de que ello satisfaría sus mejores intereses y los de sus acreedores y deudores.

7. Se observó que la labor en curso desplegada por la UNCITRAL e INSOL International sobre regímenes de insolvencia eficaces y eficientes facilitaría también el manejo de cuestiones en el contexto de la insolvencia transfronteriza.

Facilitar la cooperación judicial

8. Se reconoció en general entre los participantes que el número de casos de insolvencia transfronteriza iba en aumento en todo el mundo y que los jueces tendrían que suponer cada vez más frecuentemente que podían intervenir en procedimientos de insolvencia con elementos transfronterizos. Se sugirió que esa posibilidad subrayaba la necesidad de fomentar la comunicación y la cooperación judicial transfronteriza para aumentar de modo general la eficiencia, la eficacia y la equidad de todos los tipos de procedimiento de insolvencia. Esa necesidad fue generalmente reconocida. Entre los objetivos concretos de cooperación podían figurar la recogida de información sobre deudas y bienes ubicados en países extranjeros; impedir la disipación de los bienes; impedir la conducta fraudulenta del deudor, los acreedores y terceros; elevar al máximo el valor de los bienes; permitir el acceso y el reconocimiento de los acreedores extranjeros; facilitar la administración de los procedimientos de insolvencia transfronteriza; y hallar las mejores soluciones para la reorganización de una empresa insolvente.

9. Los participantes observaron que era preciso ocuparse de cierto número de cuestiones típicas a efectos de facilitar el logro de estas metas. Figuraban entre ellas cuestiones relacionadas con la cultura, el idioma y las tradiciones jurídicas; la falta de un marco legislativo uniforme para la cooperación judicial y la comunicación directa entre jueces en casos de insolvencia transfronteriza; la falta de experiencia y familiaridad de los jueces con la comunicación oral directa con sus colegas judiciales y con los profesionales en materia de insolvencia de países extranjeros y su falta de confianza en echar mano de esa comunicación; cuestiones éticas, sobre cómo mantener la igualdad entre las partes y la transparencia del proceso; y la necesidad de cambiar normas jurídicas nacionales para facilitar y alentar la cooperación y la comunicación judiciales. Otra dificultad que se apreció fue la de familiarizarse con las leyes sobre insolvencia de otros países, especialmente cuando era urgentemente necesaria una estrecha cooperación con un país en particular.

10. Otra cuestión que se trató fue la de la territorialidad de la insolvencia. Se observó que mientras unos países reconocían los efectos mundiales de un mandamiento de insolvencia, otros podrían ser reacios a hacer efectivo un

mandamiento extranjero de aislar los bienes locales y minimizar la repercusión de los procedimientos extranjeros. Se observó que ese "vallado completo" comportaba el riesgo de socavar la confianza de los inversores extranjeros y era contraria a la idea del "imperio de la ley" en las relaciones comerciales internacionales.

11. Se sugirió que era fácilmente disponible el medio de hacer frente a algunas de las cuestiones. Por lo que se refiere al marco legislativo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza podía ser adoptada como un medio sencillo, y al mismo tiempo muy eficaz, de fijar los principios básicos necesarios. Se observó que el proceso de fomentar la cooperación podía ser acumulativo, con la Ley Modelo como primer paso. Se hizo notar que en algunas jurisdicciones se trataba de desarrollar un grado ulterior de cooperación en el que los tribunales pasaban, al prestar asistencia a un tribunal extranjero de la insolvencia, a dictar mandamientos que ni el tribunal nacional ni el extranjero podrían haber dictado en una situación nacional.

12. Con respecto a otras cuestiones se observó que había la posibilidad de desarrollar directrices para la cooperación judicial con objeto de facilitar un enfoque común (véase más adelante). En la esfera técnica, adelantos en la tecnología de la comunicación ofrecían nuevas maneras de lograrla. En lo referente a la disponibilidad de información sobre legislación, se observó que se desarrollaban varios recursos diferentes, incluidas las bases de datos obtenibles en Internet, para facilitar la diseminación de esa información, entre las que se contaban iniciativas mundiales y locales en los sectores privado y público. Hubo acuerdo general en que era importante fomentar las relaciones entre jueces y entre jueces y profesionales en materia de insolvencia mediante reuniones como los coloquios CNUDMI/INSOL que permitiesen a los jueces encontrarse, intercambiar ideas y experiencias, enterarse de las dificultades con que se enfrentaban y compartir sus preocupaciones. Se sugirió que esas reuniones debían continuar y aumentarse y completarse tal vez con foros regionales, así como el desarrollo de cauces permanentes de análisis y foros virtuales.

Directrices para la cooperación judicial

13. El Coloquio examinó un proyecto de directrices para la cooperación y la comunicación judicial[1]. Si bien se plantearon una serie de preocupaciones sobre el grado de detalle que debían tener los proyectos de disposición y sobre una serie de cuestiones de procedimiento, se opinó en general que esas directrices serían útiles para fomentar un enfoque común de las cuestiones de cooperación, y en particular, de comunicación. A este respecto, se señaló que existía cierta confusión entre los distintos niveles en que se precisaría comunicación. Las comunicaciones entre tribunales podían consistir en conversaciones entre los jueces en términos muy generales sobre cuestiones como los objetivos, los programas y los calendarios de audiencias. Se observó que esa forma de comunicación requería el acuerdo previo de las partes a fin de mantener la transparencia, y era preciso disponer de las transcripciones y mantener actas apropiadas para evitar controversias. Sin embargo, la comunicación entre profesionales de la insolvencia planteaba diferentes

[1] En el proyecto de directrices se reconocía la labor iniciada en la región del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

problemas, como la necesidad de que el tribunal mantuviera en todo momento su imparcialidad e independencia, tanto con respecto a las partes como con respecto al profesional de la insolvencia que representara al deudor.

14. Se reconoció asimismo que a menudo se requerían procedimientos de emergencia para facilitar una actuación rápida, aunque no estuvieran presentes todas las partes. Se señaló que algunos países permitían a una parte solicitar órdenes de emergencia en ausencia de otras partes concurrentes. Estos procedimientos estaban sujetos a reglas que protegían la posición de las partes ausentes y por lo general se limitaba la duración de las órdenes hasta que las partes tuvieran la oportunidad de presentar al tribunal sus opiniones sobre la solicitud.

Capacitación judicial

15. Los participantes reconocieron en general la necesidad de formación y capacitación judicial (que podría ser continua) a fin de asegurar el funcionamiento apropiado y eficiente no sólo del régimen de los casos transfronterizos sino también de los regímenes de la insolvencia en general. Se sugirió que esos programas de formación y capacitación se basaran en una evaluación de las necesidades que permitiera ajustar a los programas y su ejecución a los requisitos jurídicos, sociales y culturales del ordenamiento jurídico de que se tratara, y que fueran compatibles con su presupuesto, con el volumen de demandas recibidas por los jueces y con la posibilidad de recibir asistencia internacional tanto en recursos financieros como humanos.

16. Los participantes observaron que los programas de capacitación y formación debían tener en cuenta también la función específica que el juez desempeñaba en cuestiones de insolvencia en un determinado Estado, reconociendo que en la mayoría de los países no había tribunales especializados en quiebras y que en algunos ordenamientos jurídicos la función judicial consistía más bien en una supervisión del proceso de reorganización. En esos ordenamientos jurídicos, la intervención judicial podía limitarse a la resolución de controversias, mientras que en otros podía exigirse a los jueces que adoptaran un papel más activo en el proceso de insolvencia.

17. Se señaló que los programas de formación y capacitación podían realizarse de diversos modos, concretamente mediante el contacto directo entre los encargados de la formación y los jueces, la utilización de tecnología con sistemas de videoconferencia que permitieran el diálogo, y sistemas de duración prolongada que permitieran a los jueces recurrir reiteradamente a vídeos, CD-ROM y a Internet. Se sugirió que las organizaciones internacionales tuvieran un papel fomentando los contactos entre los profesionales de la insolvencia y facilitando el acceso a recursos como los principios de prácticas óptimas y la legislación en materia de insolvencia en distintos idiomas que propiciaran su utilización y el acceso a ellas.

18. Por último, se observó que convendría coordinar la capacitación y la formación entre el poder judicial y los profesionales de la insolvencia y los abogados que comparecieran ante los tribunales en casos de insolvencia sin que hubiera restricciones para las partes que pudieran impartir y recibir capacitación. Por ejemplo, era conveniente que no se impusieran restricciones a la capacitación de jueces por parte de otros jueces ni a que algunos jueces colaboraran en la

capacitación de profesionales de la insolvencia ni a que esos profesionales intervinieran en la capacitación de jueces.

Conclusiones

19. En los debates del Coloquio se llegó a varias conclusiones. Concretamente, a) hubo consenso en que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se promoviera al máximo y fuera adoptada por el mayor número de Estados con un mínimo de modificaciones a fin de que el marco para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza fuera básico, eficaz y uniforme; b) era necesario facilitar la cooperación y la comunicación judicial mediante la divulgación de información sobre los regímenes de la insolvencia y las legislaciones, la elaboración de directrices sobre comunicaciones judiciales y el fomento de oportunidades continuas para los jueces, particularmente para los de países en desarrollo, a fin de que pudieran reunirse e intercambiar experiencias en foros multinacionales como los coloquios CNUDMI/INSOL; y c) era necesario que los programas de capacitación y formación judicial permitieran llevar a cabo de forma eficiente y eficaz los procedimientos de insolvencia tanto transfronterizos como nacionales. Se señaló que muchos países se habían declarado dispuestos a ofrecer los servicios de jueces y profesionales de la insolvencia experimentados para colaborar en la labor de capacitación y formación, y que varias organizaciones internacionales profesionales, como INSOL International y la Asociación Internacional de Abogados, ya participaban activamente en programas de capacitación y asistencia. Se observó asimismo que el fondo fiduciario de asistencia técnica de la CNUDMI podía desempeñar un papel y colaborar en esta actividad de capacitación y asistencia.

IV. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de su 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) (A/CN.9/509) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-13	720
II.	Deliberaciones y decisiones	4-17	722
III.	Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	18-125	723
	Observaciones generales	18-27	723
	Artículo 1. Ámbito de aplicación	28-40	725
	Artículo 7. Ubicación de las partes	41-59	727
	Artículo 14. Información general que han de proporcionar las partes	60-65	731
	Artículo 8. Momento de la formación del contrato	66-73	732
	Artículo 9. Invitaciones a hacer ofertas	74-85	733
	Artículo 10. Utilización de los mensajes de datos en la formación de los contratos	86-92	735
	Artículo 11. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos	93-98	737
	Artículo 12. Operaciones automatizadas	99-111	738
	Artículo 13. Requisitos de forma	112-121	740
	Artículo 15. Disponibilidad de las condiciones contractuales	122-125	743

I. Introducción

1. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) procedió a un intercambio preliminar de opiniones sobre su labor futura en materia de comercio electrónico. Se señalaron tres temas cuyo examen sería aconsejable y viable como parte de esa labor. El primero se refería a la contratación electrónica considerada desde la óptica de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa")[1]; el segundo, a la solución de controversias por medios electrónicos y el tercero, a la desmaterialización de los documentos que confieren título de propiedad, particularmente en la industria del transporte.

2. La Comisión acogió favorablemente la propuesta de seguir estudiando la conveniencia y viabilidad de que esos tres temas pasaran a formar parte de su labor futura. Convino en general en que, después de terminar la preparación de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico examinaría, en su 38º período de sesiones, algunos o todos los temas mencionados, así como cualquier otro tema adicional, a fin de hacer propuestas más concretas para la labor futura de la Comisión en su 34º período de sesiones, que se celebraría en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001. Se acordó que la labor que realizaría el Grupo de Trabajo podría incluir el examen de varios temas en forma paralela, así como deliberaciones preliminares acerca del contenido de posibles normas uniformes sobre ciertos aspectos de los temas mencionados *supra*[2]. El Grupo de Trabajo examinó esas propuestas en su 38º período de sesiones, celebrado en 2001, sobre la base de un conjunto de notas relativas a una posible convención destinada a eliminar los obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico en las convenciones internacionales existentes (A/CN.9/WG.IV/WP.89); la desmaterialización de los documentos de titularidad (A/CN.9/WG.IV/WP.90); y la contratación electrónica (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

3. El Grupo de Trabajo examinó extensamente las cuestiones relativas a la contratación electrónica (véase A/CN.9/484, párrs. 94 a 127). El Grupo de Trabajo concluyó sus deliberaciones sobre la labor futura recomendando a la Comisión que recibiera prioridad el comienzo de la labor preparatoria de un instrumento internacional sobre determinadas cuestiones de la contratación electrónica. Al mismo tiempo se convino en recomendar a la Comisión que se confiara a la Secretaría la preparación de los estudios necesarios sobre otros tres temas considerados por el Grupo de Trabajo, a saber: a) un estudio lo más completo posible de los obstáculos jurídicos que pudieran oponerse al desarrollo del comercio electrónico actualmente presentes en los instrumentos internacionales; b) un nuevo estudio sobre las cuestiones relacionadas con la transferencia de derechos, en particular de derechos sobre bienes corporales, por medios electrónicos, y los mecanismos para llevar un registro público de la transferencia o la creación de garantías reales sobre dichos bienes; y c) un estudio en el que se examinara la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, así como el Reglamento de Arbitraje, para ver si respondían a las necesidades específicas del arbitraje por medios electrónicos (véase A/CN.9/484, párr. 134).

4. En el 34º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2001, las recomendaciones del Grupo de Trabajo recibieron amplio apoyo, por considerarse que constituían una base sólida para la labor futura de la Comisión. Sin embargo, se expresaron opiniones divergentes respecto a la prioridad relativa que cabía asignar a los temas. Según una de ellas, el proyecto destinado a eliminar los obstáculos jurídicos que podían oponerse al desarrollo del comercio electrónico, en los instrumentos internacionales actuales, debía tener prelación sobre los demás temas, en particular, sobre el de la elaboración de un nuevo instrumento internacional sobre la contratación electrónica. Se subrayó que las referencias a "escrito", "firma", "documento" y otros términos análogos que figuraban en los grandes acuerdos comerciales e instrumentos de derecho uniforme existentes ya creaban obstáculos jurídicos y generaban incertidumbre en las operaciones internacionales

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

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 384 a 388.

que se negociaban por medios electrónicos. No convenía demorar ni descuidar la labor tendiente a eliminarlos dando prioridad a cuestiones de contratación electrónica.

5. No obstante, prevaleció la opinión de mantener el orden de prioridad que había recomendado el Grupo de Trabajo. Se señaló al respecto que la preparación de un instrumento internacional sobre la contratación electrónica y el examen de la vía apropiada para eliminar los obstáculos jurídicos que pudieran dificultar el comercio electrónico en los grandes acuerdos comerciales e instrumentos de derecho uniforme existentes no eran incompatibles. Se recordó a la Comisión que en su 33º período de sesiones se había acordado que la labor que realizaría el Grupo de Trabajo podría incluir el examen de varios temas en paralelo, así como el estudio preliminar del contenido de posibles regímenes uniformes destinados a regular ciertos aspectos de los temas antes mencionados[3].

6. Se expresaron también opiniones divergentes respecto al alcance de la labor futura en materia de contratación electrónica, así como al momento adecuado de comenzar dicha labor. Según un parecer, la labor debía circunscribirse a los contratos de compraventa de bienes muebles corporales. La opinión opuesta, que prevaleció durante las deliberaciones de la Comisión, fue que se diera al Grupo de Trabajo un mandato amplio para tratar las cuestiones referentes a la contratación electrónica sin limitar el alcance de esa labor desde un principio. No obstante, quedó entendido que el Grupo de Trabajo no abordaría ni las operaciones con consumidores ni los contratos por los que se otorgara una utilización limitada de derechos de propiedad intelectual. La Comisión tomó nota de esta hipótesis de partida para la labor del Grupo de Trabajo en el sentido de que se había de preparar un instrumento en forma de una convención no dependiente de otra que resolviera a grandes rasgos las cuestiones relativas a la formación de los contratos en el comercio electrónico (véase A/CN.9/484, párr. 124), tratando de evitar toda interferencia indebida en el régimen bien establecido de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (véase A/CN.9/484, párr. 95) o con el derecho interno aplicable a la formación del contrato en general. Recibió amplio apoyo la idea expresada en el contexto del 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo de que, en la medida posible, se evitara dar a las operaciones de compraventa efectuadas por Internet un trato distinto del que se daba a las realizadas por medios más tradicionales (véase A/CN.9/484, párr. 102).

7. Con respecto al calendario de la labor que habría de realizar el Grupo de Trabajo, se apoyó la idea de proceder sin demora al examen de la labor futura durante el tercer trimestre de 2001. No obstante, se expresó enfáticamente también la opinión de que sería preferible que el Grupo de Trabajo esperara hasta el primer trimestre de 2002 a fin de que los Estados tuviesen tiempo suficiente para celebrar consultas internas. La Comisión aceptó esa sugerencia y decidió que la primera sesión del Grupo de Trabajo, dedicada a las cuestiones de la contratación electrónica, se celebrara en el primer trimestre de 2002[4].

8. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 39° período de sesiones en Nueva York los días 11 a 15 de marzo de 2002. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Benin, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Rwanda, Sierra Leona, Singapur, Suecia, Tailandia, Uganda y Uruguay.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bangladesh, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Iraq, Irlanda, Israel, Malta, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, República Dominicana, Suiza, Túnez y Turquía.

10. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones

[3] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 293.

[4] Ibíd., párr. 295.

internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, Banco Mundial, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; b) organizaciones intergubernamentales: Agencia Espacial Europea, Banco Interamericano de Desarrollo, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; c) organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Asociación Internacional de Puertos, *Association of the Bar of the City of New York*, Cámara de Comercio Internacional, Instituto de Derecho Internacional, *Internet Law and Policy Forum*, Unión Internacional de Seguros de Transportes, Unión Internacional del Notariado Latino.

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

Presidente: Sr. Jeffrey Chan Wah Teck (Singapur)

Relator: Sr. André Akam Akam (Camerún).

12. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: a) programa provisional (A/CN.9/WG..IV/WP.92); b) nota de la Secretaría en la que se describían los progresos realizados por ésta en relación con el examen que lleva a cabo el Grupo de Trabajo sobre la eliminación de los obstáculos al comercio electrónico existentes en las convenciones internacionales vigentes (A/CN.9/WG.IV/WP.94); c) nota de la Secretaría en la que se examinaban determinadas cuestiones de contratación electrónica y contenía como anexo I un anteproyecto de convención denominada provisionalmente anteproyecto de convención sobre contratos [internacionales] celebrados o probados por mensajes de datos (A/CN.9/WG.IV/WP.95); d) nota de la Secretaría por la que se transmitían las observaciones formuladas por un grupo especial de expertos establecido por la Cámara de Comercio Internacional para examinar las cuestiones planteadas en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95 y el proyecto de disposiciones enunciado en su anexo I (A/CN.9/WG.IV/WP.96).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención.
4. Obstáculos jurídicos que pueden plantearse para el desarrollo del comercio electrónico en los textos internacionales relativos al comercio internacional.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

14. El Grupo de Trabajo examinó el anteproyecto de convención que figuraba en el anexo I de la nota de la Secretaría A/CN.9/WG.IV/WP.95. En la sección III *infra* figuran las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo referidas al proyecto de convención. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del anteproyecto de convención que recogiera esas deliberaciones y decisiones para que las examinara el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones que, según el calendario provisional, se celebraría en Viena del 14 al 18 de octubre de 2002.

15. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones examinando la forma y el alcance del anteproyecto de convención (véanse los párrafos 18 a 40). El Grupo de Trabajo convino en postergar el examen de lo que se excluiría del proyecto de convención hasta que se hubieran estudiado las disposiciones relativas a la ubicación de las partes y la formación del contrato. En particular, el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones examinando en primer lugar los artículos 7 y 14, ambos referidos a cuestiones relacionadas con la ubicación de las partes (véanse los párrafos 41 a 65). Después de haber concluido su examen inicial de esas disposiciones, el Grupo de Trabajo abordó las disposiciones relativas a la formación del contrato en los artículos 8 a 13 (véanse los párrafos 66 a 121). El Grupo de Trabajo finalizó sus deliberaciones sobre el anteproyecto de convención debatiendo el proyecto de artículo 15 (véanse los párrafos 122 a 125). El Grupo de Trabajo convino en que examinaría los artículos 2 a 4, que trataban del

ámbito de aplicación del proyecto de convención, y el artículo 5 (definiciones) y 6 (interpretación) en su 40º período de sesiones.

16. El Grupo de Trabajo tomó nota de los progresos que había realizado la Secretaría hasta la fecha en relación con el estudio sobre los posibles obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico que podía haber en los instrumentos internacionales, a la luz de una nota de la Secretaría que informaba sobre dicho estudio (A/CN.9/WG.IV/WP.94). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que recabara las opiniones de los Estados miembros y observadores sobre el estudio y las conclusiones preliminares que contenía y que recopilara esas observaciones en un estudio que posteriormente se sometería al examen del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo tomó nota de una declaración en que se ponía de relieve la importancia de que el estudio de la Secretaría tuviera en cuenta los instrumentos comerciales vigentes en las diversas regiones representadas en la Comisión. A tal efecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que recabara las opiniones de otras organizaciones internacionales, incluidas las del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales, sobre si existían otros instrumentos comerciales internacionales respecto de los cuales esas organizaciones o sus Estados miembros actuaran como depositarios y que dichas organizaciones quisieran incorporar al estudio que preparaba la Secretaría.

17. El Grupo de Trabajo examinó informes verbales expuestos por la Secretaría sobre la evolución del arbitraje por medios electrónicos y del examen, por parte de la Secretaría, de cuestiones relacionadas con la transferencia de derechos por medios electrónicos, en particular de derechos sobre bienes corporales. El Grupo de Trabajo convino en la importancia de ambos temas, de los que la Secretaría debería seguir ocupándose a fin de que el Grupo de Trabajo los examinara oportunamente.

III. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención

Observaciones generales

18. Antes de examinar una a una las disposiciones para un proyecto de convención sobre contratación electrónica, el Grupo de Trabajo intercambió opiniones en general acerca de la forma y alcance del instrumento, sus principios fundamentales y algunas de sus características principales.

1. Forma del instrumento

19. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se había escogido la forma de un anteproyecto de una convención internacional que abordara cuestiones de contratación electrónica con arreglo a su concepción preliminar, de la que había tomado nota la Comisión en su 34º período de sesiones celebrado en 2001, consistente en que la forma que revestiría el instrumento que habría de prepararse podía ser la de una convención específica que abordara con criterio amplio las cuestiones de la formación de los contratos en el comercio electrónico (A/CN.9/484, párr. 124).

20. El Grupo de Trabajo escuchó varias declaraciones a favor de que se elaborara una convención internacional sobre cuestiones de contratación electrónica por considerarse que era el instrumento más adecuado para garantizar el grado de uniformidad y certeza jurídica que exigían las operaciones de comercio internacional. Si bien se dijo que tal vez sería más conveniente preparar un instrumento no vinculante, como recomendaciones sobre directrices sobre contratación electrónica, el Grupo de Trabajo mantuvo su concepción preliminar de que debía elaborar una convención específica. El Grupo de Trabajo convino en que utilizaría esta concepción sin perjuicio de la decisión que pudiera adoptar en una etapa ulterior sobre la forma definitiva del instrumento que se examinaba. Una opinión ampliamente compartida al respecto fue que el Grupo de Trabajo debía abordar la cuestión de la forma del instrumento con flexibilidad hasta que se hubiera examinado más detenidamente el alcance y las disposiciones de fondo del instrumento.

2. Alcance del instrumento

21. En el Grupo de Trabajo se expresó apoyo a una propuesta de que su labor no se limitara a la contratación electrónica, sino que regulara también los contratos comerciales en general, independientemente de los medios que se utilizaran en su negociación. Se sugirió que el principal objetivo de la Comisión fuera eliminar los obstáculos jurídicos para las operaciones internacionales a que daban lugar en general las disparidades del derecho contractual de los países. Sin embargo, esas disparidades jurídicas en materia de perfeccionamiento de contratos no eran sólo características del ámbito de los contratos electrónicos. Salvo contadas excepciones (como los contratos de compraventa de mercaderías, que se amparaban en el régimen armonizado establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa), el perfeccionamiento de la mayor parte de los contratos comerciales internacionales no estaba sujeto a ningún régimen legal uniforme de amplia aceptación.

22. El Grupo de Trabajo escuchó varios argumentos a favor de que no se regularan los contratos electrónicos al margen de los contratos comerciales en general. Se dijo que la preparación de un instrumento que se refiriera exclusivamente a cuestiones relacionadas con la contratación electrónica entrañaba el riesgo de crear una dualidad de regímenes en función de los medios que se utilizaran para el perfeccionamiento de contratos. El resultado podría ser que un contrato que no fuera, por ejemplo, de compraventa y que se rigiera por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa quedara amparado por un régimen internacionalmente armonizado si su perfeccionamiento entrañaba la utilización de medios de comunicación electrónicos pero no si se materializaba por otros medios como, por ejemplo, documentos sobre papel.

23. El Grupo de Trabajo fue receptivo ante los argumentos en favor de que se ampliara el alcance del proyecto de convención a fin de abarcar de forma general las cuestiones de perfeccionamiento de contratos, independientemente de los medios de comunicación que utilizaran las partes para negociar sus contratos. Sin embargo, en el Grupo de Trabajo prevaleció la opinión de que en la etapa actual podría ser demasiado ambicioso tratar de armonizar la ley contractual en general. Se subrayó que el mandato del Grupo de Trabajo se limitaba a cuestiones de contratación electrónica y que la ampliación de su competencia exigiría que la Comisión examinara si cabría lograr consenso internacional sobre las cuestiones más generales de perfeccionamiento de contratos (a este respecto, véanse también los párrafos 68 a 70). Se hizo hincapié asimismo en la importancia práctica de restringirse a la contratación electrónica. Si bien no diferían fundamentalmente de los contratos concertados por otros medios, los contratos celebrados por medios electrónicos planteaban un cúmulo de problemas prácticos que exigían atención particular.

24. Tras haber convenido que su labor se centraría en cuestiones relacionadas con la contratación electrónica, el Grupo de Trabajo procedió a examinar otras observaciones generales relativas al alcance del proyecto de convención. Las observaciones generales se referían fundamentalmente a los siguientes temas: el concepto de “contratación electrónica”; determinación de si el proyecto de convención debía tratar únicamente de cuestiones relacionadas con el perfeccionamiento de contratos o si procedía abordar también algunas cuestiones vinculadas al cumplimiento de contratos; determinación de si el proyecto de convención debía tratar únicamente de los contratos comerciales o si procedía abordar también las operaciones en que intervenían consumidores; determinación de si el proyecto de convención debía tratar únicamente de los contratos internacionales o si correspondía que se aplicara indistintamente a las operaciones internas y a las internacionales.

25. El Grupo de Trabajo tomó nota de las observaciones generales formuladas sobre las cuestiones enumeradas y decidió volver a tratarlas en su 40º período de sesiones cuando examinara las disposiciones relacionadas con el ámbito de aplicación del proyecto de convención.

3. Principios fundamentales

26. Hubo consenso en que en el proyecto de convención debían recibir reconocimiento amplio los principios de libertad contractual y de autonomía

de las partes, que figuraban en varios textos que había elaborado la Comisión, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

27. El Grupo de Trabajo subrayó que su labor sobre contratación electrónica se desenvolvía en un contexto en que existían otros instrumentos que había elaborado la Comisión, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y sobre las Firmas Electrónicas. Si bien debía procurarse no afectar indebidamente al régimen jurídico establecido por esos instrumentos, en particular por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que su labor sobre contratación electrónica bien podía requerir proponer soluciones concretas de problemas no resueltos en los instrumentos anteriores o adaptar al contexto actual algunas de sus disposiciones, en particular las leyes modelo.

Artículo 1. Ámbito de aplicación

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

Variante A

> "1. La presente Convención se aplicará a los contratos celebrados o probados por medio de mensajes de datos.
>
> 2. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.
>
> [3. Los Estados podrán declarar que aplicarán la presente Convención únicamente a los contratos celebrados entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes o [cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante o] cuando las partes hayan convenido en que se aplique.]
>
> [4. Cuando un Estado formule una declaración en virtud de lo dispuesto en el párrafo 3, no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.]"

Variante B

> "1. La presente Convención se aplicará a los contratos internacionales celebrados o probados por medio de mensajes de datos.
>
> 2. A los efectos de la presente Convención, se considerará que un contrato es internacional si en el momento de su celebración las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes.
>
> 3. La presente Convención también se aplicará [cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante o] cuando las partes hayan convenido en que se aplique.
>
> [4. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.]
>
> 5. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, [no] se tendrá [tendrán] en cuenta [ni] la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato."

Elección entre las variantes A y B

29. El Grupo de Trabajo señaló que la diferencia fundamental entre las variantes A y B radicaba en que en virtud de la variante A el proyecto de convención era aplicable "a los contratos celebrados o probados por medio de mensajes de datos" independientemente de si eran nacionales o internacionales, mientras que con arreglo a la variante B el proyecto de convención era únicamente aplicable a los contratos "internacionales". El Grupo de Trabajo procedió así a examinar cuál de los dos criterios era preferible para definir el ámbito geográfico de aplicación del proyecto de convención.

30. En favor del criterio de la variante A se sostuvo que era posible que las partes que se comunicaran por medio electrónicos no siempre conocieran de antemano la ubicación del establecimiento de la otra parte. Por consiguiente, si la aplicación del proyecto de convención se supeditaba a que las partes estuvieran ubicadas en distintos Estados se podría reducir el beneficio de la certeza y de la previsibilidad jurídicas que el proyecto de convención pretendía ofrecer. Asimismo, se argumentó que las disposiciones del proyecto de convención también podían ser de interés para las operaciones puramente nacionales, ya que trataban cuestiones que se planteaban en relación con los contratos celebrados a gran distancia y no exclusivamente con los contratos internacionales.

31. No obstante, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que el proyecto de convención debería limitarse a regular los contratos internacionales, a fin de no crear obstáculos para el derecho interno. Era conveniente introducir esta limitación a fin de asegurar la coherencia con el enfoque seguido en la mayoría de los instrumentos preparados hasta la fecha por la Comisión.

32. Tras optar por la variante B como documento de trabajo, el Grupo de Trabajo procedió a examinar, una a una, sus disposiciones.

Párrafo 1

33. Se plantearon diversas cuestiones sobre el significado de las palabras “contratos ... celebrados o probados por medio de mensajes de datos” y sobre si eran apropiadas para describir el ámbito de aplicación del proyecto de convención.

34. Se señaló que la afirmación de que el proyecto de convención “se aplicaba a los contratos” podía inducir a error, dado que sus disposiciones sólo regulaban ciertas cuestiones referentes a la utilización de los mensajes de datos, en particular en el contexto del perfeccionamiento de contratos. Asimismo, se criticó el enunciado del párrafo 1 por su carácter excesivamente restrictivo y por no ajustarse al principio de la neutralidad con respecto a los medios empleados, ya que, en la práctica muchos contratos se celebraban mediante una combinación de conversaciones, fax, contratos sobre papel, correos electrónicos y comunicaciones por Internet. Si se dispusiera que el proyecto de convención era únicamente aplicable a los contratos celebrados mediante mensajes de datos, habría el inconveniente de que se limitaría su ámbito de aplicación. Por otra parte, si el párrafo 1 pretendiera regular también los contratos perfeccionados simultáneamente por varios medios, incluidos los mensajes de datos, convendría enmendarlo para eludir problemas respecto de si los mensajes de datos habían de ser el factor determinante de la aplicación del proyecto de convención.

35. Además, se señaló que en la práctica los mensajes de datos no se utilizaban exclusivamente con fines de perfeccionamiento del contrato sino que servían también para ejercer diversos derechos derivados del contrato (como la notificación de la recepción de los bienes, los avisos de demandas por incumplimiento o las notificaciones de rescisión) o incluso a efectos de su cumplimiento, como en el caso de las transferencias electrónicas de fondos. Se consideró que el enunciado actual del párrafo 1 era muy limitado y, en contra de los objetivos del proyecto de convención, privaba de los beneficios de la certeza jurídica a todas las comunicaciones electrónicas utilizadas en operaciones comerciales no encaminadas al perfeccionamiento de contratos.

36. Una vez tomadas en consideración las distintas observaciones formuladas, el Grupo de Trabajo convino en revisar la definición del ámbito de aplicación en cuestiones de fondo no concentrándose en los “contratos celebrados ... por medio de mensajes de datos” sino en la utilización de los mensajes de datos en el contexto de las operaciones comerciales, como en el caso del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

Párrafo 2

37. Se observó que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa sólo era aplicable a contratos internacionales si las partes se encontraban en Estados Contratantes de la Convención. A fin de asegurar la coherencia entre ambos textos, se sugirió que el proyecto de párrafo se enunciara en términos similares. Se convino en agregar a la futura versión del proyecto de párrafo unas palabras que reflejaran esta sugerencia, para que las examinara el Grupo de Trabajo.

Párrafo 3

38. Se dijo que deberían suprimirse las palabras "cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley en un Estado contratante o", que figuraban entre corchetes, ya que esas palabras podían dar al proyecto de convención un alcance más amplio del que en un principio el Grupo de Trabajo había pretendido darle. Se objetó que esa ampliación, debido al carácter *ex post facto* inherente a la disposición, reduciría notablemente la certeza en el momento de la contratación. El Grupo de Trabajo reaccionó inicialmente observando que convendría examinar la propuesta con más detenimiento, dado que las palabras que se pretendía suprimir figuraban también en el artículo 1 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, y la mayoría de los Estados que se habían adherido a la Convención no había excluido la aplicación de esa disposición, pese a que el artículo 95 de la Convención autorizaba tal exclusión.

39. El Grupo de Trabajo tomó nota de las opiniones ya expresadas. Se convino en la necesidad de que el Grupo de Trabajo volviera a ocuparse de la cuestión cuando examinara una versión revisada del proyecto de convención.

Párrafos 4 y 5

40. A fin de asegurar la coherencia entre ambos textos, se convino en enmendar el texto de los párrafos 4 y 5 del proyecto de convención ajustándolo a los párrafos 2 y 3 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa; se convino asimismo en suprimir con este fin los corchetes en el párrafo 4 y, donde procediera, los corchetes en el texto del párrafo 5.

Artículo 7. Ubicación de las partes

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

"1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que las partes tienen su establecimiento en la ubicación geográfica que hayan indicado de conformidad con el artículo 14 [, salvo que sea obvio y manifiesto que la parte no tiene establecimiento en esa ubicación y que esa indicación se hace con la exclusiva finalidad de provocar o evitar la aplicación de la presente Convención].

2. Si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento a los efectos de la presente Convención será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

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

4. La ubicación del equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información empleado por una persona jurídica para celebrar un contrato, o el lugar desde el que otras personas pueden obtener acceso a ese sistema de información, no constituyen por sí mismos un establecimiento [, salvo que esa persona jurídica no tenga un establecimiento].

5. El hecho exclusivo de que una persona haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculado a un país concreto no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en ese país."

42. Como observación general se señaló que la finalidad del proyecto de artículo era ofrecer elementos que permitieran a las partes verificar la ubicación de los establecimientos de las otras partes para que les resultara más fácil determinar, entre otros elementos, el carácter internacional o nacional de una operación y el lugar de perfeccionamiento del contrato. Como tal, el proyecto de artículo era una de las disposiciones primordiales del anteproyecto de convención y una disposición que podría ser esencial si el ámbito de aplicación del anteproyecto de convención se definía conforme a los términos de la variante B del proyecto de artículo 1.

Párrafo 1

43. Se señaló que el proyecto de párrafo 1 se basaba en una propuesta formulada en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo encaminada a que las partes en operaciones electrónicas tuvieran la obligación de revelar la ubicación de sus establecimientos (véase A/CN.9/484, párr. 103).

Esta obligación ya estaba plasmada en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 14. Se señaló asimismo que, conforme al espíritu con que el Grupo de Trabajo examinó esta cuestión en su 38º período de sesiones (véase A/CN.9/484, párrs. 96 a 104), el proyecto de párrafo 1 no tenía la finalidad de crear un nuevo concepto de "establecimiento".

44. El Grupo de Trabajo observó que actualmente la dificultad que entrañaba la determinación de la ubicación de una parte en una operación electrónica creaba una considerable incertidumbre jurídica. Si bien este peligro siempre había existido, el problema de la determinación de la ubicación se había agravado con el alcance mundial del comercio electrónico. Se señaló también que esa incertidumbre podía tener notables consecuencias jurídicas, dado que la ubicación de las partes era importante para cuestiones como la jurisdicción, el derecho aplicable y la ejecución. En consecuencia, los miembros del Grupo de Trabajo apoyaron ampliamente la necesidad de adoptar disposiciones que facilitaran la determinación por las partes de los establecimientos de las personas o entidades con las que tuvieran tratos comerciales. No obstante, hubo discrepancias sobre si ese problema podía resolverse adecuadamente con una disposición del tenor de este proyecto de párrafo.

45. Según una de las opiniones, el proyecto de párrafo era innecesario, ya que en la definición de "establecimiento" en el proyecto de artículo 5 ya se preveían los elementos para que las partes pudieran determinar la ubicación de los establecimientos de las otras partes. Sin embargo, prevaleció la opinión de que los elementos enunciados en la definición de "establecimiento" tal vez no resultaran suficientemente claros únicamente a la luz de sus comunicaciones y que tal vez convendría prever otros elementos, en particular una disposición que permitiera a las partes invocar las declaraciones hechas por las otras partes durante sus negociaciones y que previeran determinadas consecuencias jurídicas de tales declaraciones.

46. Se observó que, con este fin, el proyecto de párrafo creaba la presunción de que la parte estaba ubicada en el lugar que, según su declaración conforme al artículo 14, fuera el lugar de ubicación de su establecimiento. Sin embargo, se criticó este enunciado por ser excesivamente limitado, ya que en virtud de esta disposición las partes que ofrecieran bienes o servicios mediante un sistema de información con acceso general para el público sólo debían proporcionar ciertos datos, entre ellos la ubicación de su establecimiento, a las partes que tuvieran acceso a ese sistema de información. Se sugirió que se ampliara el alcance del proyecto de párrafo a fin de englobar a todas las partes en operaciones que entraran en el ámbito de la convención y no únicamente a aquellas que ofrecieran servicios mediante sistemas abiertos como el de Internet. Según una opinión muy difundida a este respecto, también debería preverse una indicación del lugar del establecimiento a efectos del proyecto de artículo 7 cuando se tratara de partes que ofrecieran bienes o servicios a través de sistemas distintos de los sistemas de comunicaciones generalmente accesibles, así como de partes que hicieran pedidos de bienes o servicios a través de ambos tipos de sistemas.

47. Según otra opinión, la dificultad básica radicaba en que el proyecto de párrafo, al establecer una presunción rebatible sobre la ubicación de una parte, no reducía sino que por el contrario exacerbaba la incertidumbre jurídica en las operaciones electrónicas. Se dijo que la posibilidad de aducir pruebas de que una parte se encontraba en un lugar distinto del que había declarado como ubicación de su establecimiento podía dar pie a interminables litigios sobre la aplicabilidad del proyecto de convención. A fin de superar esas dificultades, se sugirió que el proyecto de párrafo facilitara una determinación positiva del establecimiento de las partes disponiendo que se presumiría que las partes se encontraban en el lugar que correspondiera al de su establecimiento, conforme a la declaración que hubieran efectuado. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia y vio con agrado la finalidad que tenía de resolver los problemas planteados. Sin embargo, prevaleció la opinión de que era preferible mantener el enunciado del proyecto de párrafo en forma de presunción rebatible. Se consideró que no sería conveniente dar la impresión de que el proyecto de convención admitía toda indicación de ubicación del establecimiento de una parte aun cuando esa indicación pudiera ser inexacta o intencionadamente falsa.

48. El Grupo de Trabajo procedió a examinar las condiciones en que cabría rebatir la presunción establecida por el proyecto de párrafo. Según un parecer, que recibió un intenso apoyo, la cláusula que figuraba entre corchetes en el proyecto de párrafo era innecesaria y debía suprimirse a fin de fomentar la certeza jurídica en la interpretación del proyecto de párrafo. En particular, se puso en tela de juicio la utilidad de la última frase entre corchetes ("y que esa indicación se hace con la exclusiva finalidad de provocar o evitar la aplicación de la presente Convención"), habida cuenta que las partes tenían en cualquier caso libertad, en virtud del párrafo 3 del proyecto de artículo 1, de acordar la aplicación del proyecto de convención y, en virtud del proyecto de artículo 4, de excluir su aplicación. Además, se señaló que normalmente los socios comerciales que actuaran de buena fe facilitarían información exacta y veraz sobre la ubicación de sus establecimientos. Las consecuencias jurídicas de declaraciones falsas o inexactas efectuadas por las partes no eran primordialmente una cuestión de perfeccionamiento del contrato sino más bien un problema de derecho penal o extracontractual. De estar reguladas, estas cuestiones se regirían, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, por el derecho aplicable al margen del proyecto de convención.

49. Según la opinión contraria, que también recibió un amplio apoyo, era importante incorporar al proyecto de párrafo una disposición que permitiera a las partes o al tribunal hacer caso omiso de una declaración efectuada por una parte cuando la declaración fuera manifiestamente inexacta o falsa. Se sostuvo que esa disposición no tenía la finalidad de establecer una forma de responsabilidad penal o extracontractual sino de impedir que una parte sacara provecho de las declaraciones inexactas o falsas que hubiera efectuado por imprudencia. Se argumentó asimismo que no cabía considerar que esa disposición creara incertidumbre jurídica, habida cuenta de los altos requisitos que se exigían para rebatir la presunción del párrafo 1. No obstante, se expresaron opiniones divergentes sobre si la cláusula que figuraba entre corchetes debía mantenerse íntegramente en el texto, como habían sugerido algunos delegados, o si había que retener únicamente la primera frase ("salvo que sea obvio y manifiesto que la parte no tiene establecimiento en esa ubicación"), como habían propuesto otros. Según una tercera sugerencia, no convenía mantener las dos frases, pues representaban una doble condición y resultaría muy difícil demostrar a la vez que era "obvio y manifiesto" que una parte no tenía establecimiento en una determinada ubicación y que dicha parte había declarado tal ubicación con la exclusiva finalidad de provocar o evitar la aplicación de la convención.

50. Una vez consideradas las diversas observaciones formuladas, el Grupo de Trabajo estimó en general que debería volver a ocuparse de las disposiciones relativas a la ubicación de las partes y que, a tal efecto, podían mantenerse en el texto los diversos elementos enunciados en el proyecto de párrafo. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada que tuviera en cuenta las diversas opiniones expresadas, incluidas las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el resto del proyecto de artículo (véanse los párrafos 51 a 59), así como sobre el artículo 14 (véanse los párrafos 60 a 65). Al preparar esa versión revisada, la Secretaría debería tratar de enmendar el proyecto de párrafo dándole la forma de una disposición general que previera una presunción inicial de la ubicación de las partes sobre la base de la indicación dada por éstas sobre la ubicación de su establecimiento y complementándola con disposiciones supletorias para el caso en que no existiera tal indicación o en que no pudiera invocarse la presunción.

Párrafo 2

51. Se expresó el parecer de que el proyecto de párrafo, basado en el apartado a) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, pudiera no resultar adecuado para un instrumento no limitado al solo contrato de compraventa. Se observó, a ese respecto, que la referencia acumulativa a un establecimiento que guardara "la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento" había suscitado incertidumbre, al ser posible que uno de los establecimientos de una de las partes fuera el que guardara una relación más estrecha con el contrato, mientras que otro de sus establecimientos fuera el que guardara una relación más estrecha con su cumplimiento. Estas situaciones se daban a menudo en el marco de contratos concertados por grandes empresas multinacionales y

podían llegar a ser incluso más frecuentes a resultas de la tendencia actual hacia una mayor descentralización de las actividades comerciales. Se sugirió por ello que tal vez convendría reformular al respecto el texto del proyecto de párrafo.

52. Frente a esa sugerencia se objetó que su adopción podría dar lugar a que su texto se apartara del de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, lo que el Grupo de Trabajo trataba en general de evitar. Las incoherencias entre uno y otro instrumento eran poco de desear por razón del riesgo de introducir cierta dualidad de regímenes en las operaciones de compraventa según cual fuera el medio utilizado para su negociación.

53. Se respondió a esa objeción que el Grupo de Trabajo no debería excluir, a título general, la posibilidad de adoptar nuevos criterios para la determinación del establecimiento de una de las partes o para mejorar los criterios adoptados en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Se sugirió que desde que se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se habían formulado nuevos criterios tal vez mejor adaptados a las necesidades del comercio electrónico. Entre esos criterios adicionales cabía citar el de el lugar de constitución de una sociedad mercantil o su sede social.

54. El Grupo de Trabajo examinó en detalle los diversos puntos de vista expresados y convino en que este asunto requería ulterior estudio. Se observó además que sin dejar de retener el texto del proyecto de párrafo, el Grupo de Trabajo podría explorar la posibilidad de añadir algún criterio suplementario a los ya mencionados en el proyecto de párrafo, posiblemente ampliando la definición de "establecimiento" formulada en el proyecto de artículo 5. Se observó que esa solución no sería incompatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, dado que esa Convención no definía el término "establecimiento".

Párrafo 3

55. Además de ciertas observaciones de forma y a reserva de las conclusiones provisionales del Grupo de Trabajo respecto de la estructura del proyecto de artículo 7 en su conjunto, este proyecto de párrafo era en general aceptable.

Párrafos 4 y 5

56. El Grupo de Trabajo observó que, a diferencia de los párrafos anteriores, en los que se daban indicaciones útiles para determinar el establecimiento de una parte, estos dos proyectos de párrafo mencionaban elementos que, de por sí, no daban ninguna indicación firme de la ubicación del establecimiento de una de las partes.

57. El Grupo de Trabajo examinó cierto número de cuestiones suscitadas respecto del significado y la necesidad de estos dos proyectos de párrafo. Respecto del párrafo 5, se expresó el parecer de que la frase entre corchetes era innecesaria, dado que en la mayoría de las empresas se encontrarían normalmente uno o más de los elementos indicados como soluciones supletorias para determinar la ubicación del "establecimiento" de una parte, que se ofrecerían en una versión revisada del proyecto de artículo 7, por lo que debía suprimirse. En sentido contrario se dijo que tal vez fuera conveniente que el Grupo de Trabajo estudiara más a fondo las cuestiones suscitadas por el proyecto de párrafo a la luz de ciertas novedades respecto de la manera en que las empresas que ofrecían bienes o servicios por medios electrónicos organizaban su negocio. Un supuesto que tal vez convendría resolver en el proyecto de párrafo 4, combinándolo quizás con el párrafo 5, se refería a la oferta de bienes o servicios por correo electrónico directamente enviado a la clientela eventual a través de un portal de Internet facilitado por un tercero, por ejemplo algún anfitrión de la red.

58. Se expresó el parecer de que el proyecto de párrafo 5 no era necesario, por lo que debía suprimirse. Se dijo que, en algunos países, la cesión de un nombre de dominio se hacía únicamente tras haber verificado la exactitud de la información facilitada por el solicitante, incluida su ubicación en el país con el que ese nombre guardara relación. Respecto de esos países, tal vez convendría remitir, al menos en parte, al nombre de dominio para los fines del artículo 7, contrariamente a lo que se sugería en el proyecto de párrafo. Respecto de aquellos otros países en donde no se efectuaba esa verificación, la regla parecía superflua, por lo que cabría suprimirla. Se dijo además que, de haber alguna en la práctica, tal vez sólo hubiera unas cuantas empresas cuyo establecimiento hubiera de

ser determinado en función únicamente de un nombre de dominio.

59. Tras haber considerado los diversos pareceres expresados, el Grupo de Trabajo decidió retener, para su ulterior examen, los elementos mencionados en los proyectos de párrafo 4 y 5, incluido el texto entre corchetes del párrafo 4. El Grupo de Trabajo convino en considerar, en alguna etapa ulterior, si cabría fusionar esos dos párrafos en uno solo.

Artículo 14. Información general que han de proporcionar las partes

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

"1. Las partes que ofrezcan bienes o servicios por medio de un sistema de información que sea accesible al público en general pondrán la siguiente información a disposición de las partes que accedan a ese sistema de información:

a) Su nombre y, si la parte está inscrita en un registro mercantil u otro registro público similar, el nombre de ese registro y el número de inscripción asignado en él a la parte, u otros medios equivalentes de identificación en el registro;

b) La ubicación geográfica y la dirección en la que la parte tiene su establecimiento;

c) Las señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con la parte y establecer una comunicación directa y efectiva con ella, incluida su dirección de correo electrónico.

2. Las partes que ofrezcan bienes o servicios por medio de un sistema de información que sea accesible al público en general velarán por que la información que han de suministrar en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 sea accesible de forma fácil, directa y permanente a las partes que accedan al sistema de información."

61. El Grupo de Trabajo observó que se pretendía que el proyecto de artículo acentuara la certeza jurídica y la claridad que exigían las operaciones internacionales al preverse que las partes que ofrecieran bienes o servicios por medio de redes abiertas, como Internet, tuvieran que proporcionar como mínimo información sobre su identidad, su condición jurídica, su ubicación geográfica y su dirección. Se señaló que el proyecto de artículo recogía la propuesta, que había sido recibida favorablemente en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo, de que los particulares y empresas que utilizaban esas redes abiertas debían, al menos, dar a conocer la ubicación de sus establecimientos (véase A/CN.9/484, párr. 103).

62. Hubo consenso en el Grupo de Trabajo en que la certeza jurídica de las operaciones internacionales que se realizaran por medios electrónicos se vería reforzada si hubiera reglas y normas internacionales que alentaran a las partes a dar a conocer, entre otras cosas, su ubicación. Sin embargo, las opiniones difirieron en cuanto a si procedía que un instrumento como el proyecto de convención enunciara esa regla y si el proyecto de artículo era el lugar adecuado para enunciarla.

63. Según un parecer, que fue ampliamente apoyado, sería más apropiado que la obligación de proporcionar ciertos datos figurara en normas o directrices profesionales internacionales y no en una convención internacional destinada a la contratación electrónica. Otra posible fuente normativa en la materia podrían ser los reglamentos internos aplicables a la prestación de servicios por medios electrónicos, en particular los regímenes de protección del consumidor. Se consideró que era particularmente problemático incluir en el proyecto de convención reglas del tipo de las sugeridas en el proyecto de artículo, habida cuenta de que el texto no contenía disposiciones acerca de las consecuencias que podrían derivarse del hecho de que una parte no suministrara los datos requeridos en el proyecto de artículo. Por otra parte, se dijo que declarar un contrato comercial inválido o no ejecutable por incumplimiento de lo dispuesto en el proyecto de artículo era una solución desaconsejable y excesivamente rebuscada. Se añadió que prever otro tipo de sanciones, como la responsabilidad civil o extracontractual o sanciones administrativas, excedía claramente del alcance previsto del proyecto de convención.

64. La opinión contrapuesta, que también recibió apoyo considerable, destacó la utilidad del proyecto de artículo en el sentido de que ayudaba a las partes a determinar si una operación determinada debía considerarse interna o internacional y a adoptar las medidas necesarias para amparar sus derechos, en particular si surgían controversias o se llevaba el

caso a juicio. Se negó que el proyecto de artículo fuera demasiado rebuscado o que impusiera una carga excesiva a las empresas, dado que la información que se pedía era de carácter general y no concernía a los asuntos internos de una empresa.

65. Tras examinar las distintas opiniones que se habían expresado, el Grupo de Trabajo estimó que debía mantenerse el contenido del proyecto de artículo, posiblemente entre corchetes, a efectos de ser examinado en una etapa posterior. Se convino al respecto en que convendría definir mejor los destinatarios de la obligación de proporcionar los datos mencionados en el proyecto de artículo, en consonancia con lo decidido respecto del párrafo 1 del proyecto de artículo 7 (véanse los párrafos 43 a 50). Se acordó además que cabría disipar algunas de las inquietudes que se habían expresado en relación con el proyecto de artículo si en una versión revisada del mismo se aclaraba su relación con el párrafo 1 del proyecto de artículo 7. Se pidió a la Secretaría que elaborara un proyecto revisado que recogiera las observaciones que se habían formulado durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

Artículo 8. Momento de la formación del contrato

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

"1. El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

2. La oferta surtirá efecto cuando la reciba el destinatario.

3. La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente."

Observaciones generales

67. Al comienzo se explicó que se pretendía que el proyecto de artículo 8 recogiera la médula del régimen aplicable a la formación del contrato que figuraba en el artículo 23, el párrafo 1 del artículo 15 y el párrafo 2 del artículo 18, respectivamente, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. En dicha Convención se ha sustituido el verbo "llegar" por el verbo "recibir" para ajustar el texto del proyecto de artículo 8 al del proyecto de artículo 11, que se basaba en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

68. Se subrayó que el alcance de las reglas enunciadas en el proyecto de artículo 8 trascendía del ámbito de la contratación electrónica, al regular el momento en que toda oferta o aceptación contractual, cualquiera que fuera su forma, surtiría efecto. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto al alcance y la naturaleza de las cuestiones jurídicas vinculadas a la formación del contrato que cabía abordar en el proyecto de convención. Una de esas opiniones fue que, además de determinar el momento en que una oferta o una aceptación surtía "efecto", la disposición debía tratar de cuestiones como el régimen jurídico aplicable a la retirada, revocación o modificación de una oferta o aceptación, el lugar de la formación del contrato, las cuestiones relativas a los contratos concertados mediante ciertos actos y, a título más general, las cuestiones que se tratan en los artículos 14 a 24 (Parte II) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Esta opinión obtuvo un decidido apoyo. Se señaló que la comunidad comercial internacional vería con particular agrado la disponibilidad de un régimen uniforme para esas cuestiones, habida cuenta de la falta de armonía entre las leyes vigentes en distintos países.

69. En sentido contrario se dijo que cabía suprimir el proyecto de artículo 8, pues no versaba propiamente sobre cuestiones de contratación electrónica, que era el campo al que debía circunscribirse el proyecto de convención. Hubo firme apoyo a favor de la opinión de que, aun cuando se modificaran las disposiciones del proyecto de artículo 8, limitándolas a las operaciones de comercio electrónico, deberían suprimirse de todos modos para no introducir cierta dualidad entre el régimen que se aplicaría al momento de la formación de un contrato de comercio electrónico conforme al proyecto de convención y el que se aplicaría a otros tipos de contratos que no quedaran comprendidos en el ámbito de aplicación del nuevo instrumento. Respecto de la determinación del momento de la formación del contrato, se dijo que la cuestión se había tratado lo suficiente en el proyecto de artículo 11. Igualmente en apoyo de la supresión del proyecto de artículo 8, se dijo que no procedería

crear ningún régimen sobre el momento de la formación del contrato que se desviara esencialmente del régimen de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Se subrayó al respecto que la sustitución del verbo "llegar" por el verbo "recibir" podría acarrear consecuencias imprevistas, por ejemplo, en cuanto a la compatibilidad con el proyecto de convención de ciertas leyes internas que prevén la formación del contrato tan pronto como el oferente obtenga conocimiento de la aceptación de la oferta (teoría denominada de la formación del contrato mediante "información" del oferente, en contraste con la simple "recepción" por el oferente de la aceptación). Se respondió a ese argumento aclarando que no se pretendía que el proyecto de artículo 8 se desviara del régimen establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa sino simplemente que sintetizara sus disposiciones principales relativas a la formación del contrato.

70. El Grupo de Trabajo mantuvo su hipótesis de partida de que ese proyecto de artículo debía circunscribirse a la transmisión de mensajes de datos en el contexto de la contratación comercial internacional. Ante los argumentos en pro de la elaboración de un instrumento que abordara en general las cuestiones de formación del contrato, se señaló que la Comisión tal vez deseara examinar la conveniencia y viabilidad de hacerlo en su próximo período de sesiones.

Párrafo 1

71. Al proseguir su debate, el Grupo de Trabajo pasó a examinar párrafo por párrafo el proyecto de artículo 8. Se abogó firmemente por mantener el párrafo 1, alegando que era una disposición esencial del proyecto de artículo y su única contribución de fondo al texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Se abogó con la misma firmeza por suprimir el proyecto de párrafo, aduciendo que el nuevo régimen no debía interferir en el derecho general aplicable, al margen del proyecto de convención, en el momento de la formación del contrato. Prevaleció la opinión de que debería sustituirse el párrafo 1 por una disposición de tenor similar a la del proyecto de artículo 10. En cuanto a la noción de que un contrato quedaría formado en el momento de recibirse la aceptación, se convino en que cabía enunciarla en algún otro párrafo del artículo 8, por ejemplo, el párrafo 3. Al término de las deliberaciones, se insistió en que el texto que cabría extraer del proyecto de artículo 10 no bastaría para proporcionar la orientación y la armonización deseada, en cuanto a la formación del contrato, por los futuros usuarios del instrumento.

Párrafos 2 y 3

72. El acuerdo fue general respecto del fondo de los párrafos 2 y 3. Como cuestión de forma, hubo consenso en que, habida cuenta de que la oferta y la aceptación eran conceptos abstractos y de que los párrafos 2 y 3 tenían por finalidad resolver la dificultad de determinar el momento en que la intención de las partes, expresada mediante mensajes de datos, se convertía en una oferta o una aceptación, cabía que los dos párrafos se refirieran al medio o instrumento concreto por el que se manifestaría la intención de las partes. En consecuencia, se propuso reformular el párrafo 2 en términos como los siguientes: "Una oferta en forma de mensaje de datos surtirá efecto al recibir el destinatario dicho mensaje". El párrafo 3 diría: "Caso de ser expresada en forma de mensaje de datos, la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que el oferente reciba dicho mensaje".

73. Se insistió en que debería reproducirse en el proyecto de artículo 8 el resto de la parte II de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, a fin de no desviarse del texto de este instrumento o de no correr el riesgo de que surgieran interpretaciones divergentes. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta opinión.

Artículo 9. Invitaciones a hacer ofertas

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

"1. La propuesta de celebrar un contrato que no va dirigida a una o varias personas determinadas, sino que resulta generalmente accesible a las personas que hacen uso de sistemas de información, como la oferta de bienes y servicios a través de un sitio de la red de Internet, ha de considerarse simplemente como una invitación a hacer ofertas, salvo que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

2. Para determinar la intención de una parte de quedar obligada en caso de aceptación, deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso. Salvo que el oferente indique otra cosa, se presumirá que la oferta de bienes y servicios por medio de sistemas informáticos automatizados que permitan que el contrato se celebre automáticamente y sin intervención humana indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación."

75. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de artículo, que estaba inspirado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, tenía la finalidad de aclarar una cuestión que había generado intensos debates desde el advenimiento de Internet, a saber, la cuestión de si las partes que ofrecían bienes o servicios a través de sistemas de comunicación de acceso público, como los sitios en la red de Internet quedaban obligadas por los anuncios que publicaban en sus páginas electrónicas.

Párrafo 1

76. El Grupo de Trabajo apoyó en general el criterio seguido en el proyecto de párrafo. Se observó que, en los medios sobre papel, los anuncios en periódicos, emisoras de radio, canales de televisión, catálogos, prospectos, listas de precios y otros medios no dirigidos a una o varias personas determinadas sino de acceso público general eran considerados generalmente invitaciones a presentar ofertas (según algunos juristas, también lo eran cuando iban dirigidos a un grupo específico de clientes), dado que en esos casos se consideraba que no había intención de quedar vinculado. Por la misma razón, la mera exposición de mercancías en los escaparates o en las estanterías de comercios de autoservicio solían verse como invitaciones a presentar ofertas. Esa solución era el resultado de la aplicación del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa en virtud del cual toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas sería tenida por una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que hiciera la propuesta indicara claramente lo contrario.

77. El Grupo de Trabajo estimó que, de conformidad con el principio de la neutralidad de los medios técnicos empleados, la solución para las operaciones electrónicas no debería diferir de la solución aplicada a situaciones equivalentes en el contexto de los documentos sobre papel. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino que, por regla general, debería considerarse que la empresa que anunciara bienes o servicios en Internet o en otras redes de acceso no restringido invitaba a las personas que visitaban sus sitios de Internet a hacer ofertas. Así pues, una oferta de bienes o servicios a través de Internet no supondría de por sí una oferta vinculante.

78. Una vez aprobado el contenido del proyecto de párrafo, el Grupo de Trabajo examinó las propuestas para regular con mayor claridad su ámbito de aplicación. Ateniéndose a sus anteriores decisiones de concentrarse en cuestiones particularmente relacionadas con la utilización de mensajes de datos para operaciones electrónicas, el Grupo de Trabajo decidió enmendar el proyecto de párrafo para no dar la impresión de que enunciaba una regla general para el perfeccionamiento de contratos.

Párrafo 2

79. En respuesta a una pregunta, se señaló que la primera frase del proyecto de párrafo reproducía algunos de los elementos, pero no todos, de las reglas de interpretación de las declaraciones y de la conducta de las partes que enunciaba el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. A este respecto, se sostuvo que, si bien podía haber razones para no reproducir en su totalidad el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa en el contexto menos amplio del proyecto de párrafo, tal vez fuera preferible suprimir su primera frase a fin de evitar incertidumbre acerca de la relación entre el proyecto de convención y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

80. El Grupo de Trabajo observó que la segunda frase del proyecto de párrafo establecía una presunción, pues podía considerarse que la parte que ofrecía bienes o servicios a través de un sitio de Internet en que se utilizaran aplicaciones interactivas para la negociación y la tramitación inmediata de los pedidos de bienes y servicios hacía

una oferta vinculante, a menos que indicara claramente su intención de no quedar obligada. Esa presunción recibió apoyo en el Grupo de Trabajo, pero también fue objeto de críticas.

81. En favor de la presunción se subrayó que el proyecto de disposición contribuía a fomentar la certeza jurídica en las operaciones internacionales. Se sostuvo que las partes que aceptaran ofertas de bienes o servicios efectuadas a través de los tipos de sistemas previstos en el proyecto de párrafo podían llegar a la conclusión de que las ofertas efectuadas a través de esos sistemas eran firmes y de que, al hacer un pedido, podían estar concertando válidamente un contrato en ese momento vinculante. Se argumentó que esas partes deberían poder invocar esta presunción razonable, dadas las notables consecuencias económicas que podía tener la frustración de un contrato, en particular en el caso de compras de títulos, productos básicos u otros bienes con precios muy fluctuantes. También se dijo que con una regla similar a la del proyecto de párrafo se podría fomentar la transparencia en las prácticas comerciales si se alentaba a las entidades comerciales a declarar expresamente si estaban o no dispuestas a quedar vinculadas por la aceptación de ofertas de bienes o servicios o si tan sólo invitaban a hacer ofertas.

82. Según la opinión contraria, las reglas que contenía el proyecto de párrafo podían dar lugar a diversas dificultades en su interpretación y aplicación. La presunción contemplada en el proyecto de párrafo podía tener graves consecuencias para el oferente que dispusiera de existencias limitadas de determinados bienes en caso de que estuviera obligado a servir todos los pedidos recibidos de un número potencialmente ilimitado de compradores. Se señaló que, a fin de evitar ese riesgo, las entidades que ofrecían bienes o servicios a través de un sitio de Internet en que se utilizaban aplicaciones interactivas para la negociación y la tramitación inmediata de los pedidos de bienes o servicios indicaban frecuentemente en su sitio de Internet que no estaban vinculadas por esas ofertas. Si esa era ya la norma en la práctica, no sería conveniente que el Grupo de Trabajo modificara por completo la situación en el proyecto de disposición. Además, se argumentó que la parte que hiciera un pedido tal vez no dispondría de medios para verificar el modo en que se tramitaba el pedido ni podría comprobar si se trataba de sistemas informáticos automatizados que permitían concertar automáticamente el contrato o si era preciso adoptar otras medidas (mediante intervención humana o utilización de equipo de otra índole) para dar eficacia a un contrato o para poder tramitar válidamente un pedido. También se criticaron las palabras “permitan que el contrato se celebre automáticamente”, porque daban a entender que se había celebrado un contrato válido y podían inducir a error en el contexto de actos que podían dar lugar a la formación de un contrato.

83. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente las diversas opiniones expresadas y convino en la necesidad de examinar más a fondo las cuestiones que planteaba el proyecto de párrafo. A fin de avanzar en su futuro examen de la cuestión, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de párrafo 2 con dos posibles variantes para la presunción mencionada: una que confirmara el carácter vinculante de las ofertas previstas en la disposición, y otra que las considerara invitaciones a hacer ofertas.

84. Se pidió también a la Secretaría que preparara otra variante para todo el proyecto de párrafo combinando elementos del párrafo 1 y la segunda frase del párrafo 2, de modo que la oferta de bienes o servicios a través de sitios de Internet utilizando aplicaciones interactivas se presentara como una ilustración de situaciones en que sólo se tratara de una invitación a hacer ofertas.

85. Al reformular el proyecto de párrafo, se pidió a la Secretaría que se asegurara de que los términos empleados correspondieran al ámbito de la contratación electrónica y que evitara una repetición innecesaria de términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

Artículo 10. Utilización de los mensajes de datos en la formación de los contratos

86. El texto de proyecto de artículo examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1. De no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos [u otros actos comunicados electrónicamente de tal manera que se proponga expresar la oferta o la aceptación, entre

otros, tocar o pulsar en un icono o lugar designado en una pantalla de computadora].

2. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos."

87. El Grupo de Trabajo señaló que, como consecuencia de sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 8, tal vez habría que enmendar las reglas enunciadas en el presente proyecto de artículo y combinarlas, al menos en parte, con el actual proyecto de artículo 8 (véanse los párrafos 66 a 73). Sin perjuicio de esas deliberaciones, el Grupo de Trabajo procedió a examinar el contenido del proyecto de artículo.

Párrafo 1

88. El Grupo de Trabajo observó que las reglas que figuraban en el proyecto de artículo se basaban en el párrafo 1 del artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Con las palabras "u otros actos comunicados electrónicamente" y con la frase explicativa "tocar o pulsar en un icono o lugar designado en una pantalla de computadora" se pretendía aclarar, más que ampliar, el alcance de la regla enunciada en la Ley Modelo.

89. En relación con la frase que figura entre corchetes, se expresó la opinión de que la referencia ilustrativa a la indicación de consentimiento "tocando o pulsando en un icono o lugar designado en una pantalla de computadora" no se ajustaba al principio de la neutralidad de los medios tecnológicos y entrañaba el riesgo de ser incompleta o de no estar actualizada, pues tal vez se utilizaban ya, o se utilizarían ampliamente en el futuro, otros medios no expresamente mencionados en el texto para indicar el consentimiento. Así pues, se sugirió que se eliminaran esas palabras del proyecto de párrafo. Como posible variante a este respecto, se propuso que se agregaran esas palabras a la definición de "mensajes de datos" en el proyecto de artículo 5, si se consideraba útil tal ilustración. No obstante, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que cualquiera de los actos mencionados en esa frase generaría de hecho un mensaje de datos y, dado el amplio significado que tenía esa expresión en el proyecto de convención, no era necesario añadir al texto del proyecto las palabras ilustrativas propuestas. Se dijo también que lo mismo cabía proponer respecto del resto de la frase que figuraba entre corchetes.

Párrafo 2

90. Se sostuvo que el proyecto de párrafo era de alcance excesivamente limitado, ya que se aplicaba únicamente a los mensajes de datos utilizados en el contexto del perfeccionamiento de contratos. Se propuso que se ampliara el proyecto de párrafo a fin de abarcar otros mensajes que pudieran utilizarse en el contexto del cumplimiento o de la liquidación de un contrato. Esta propuesta fue objeto de críticas por estimarse que podía haber situaciones en que el derecho interno requiriera que se hicieran ciertas notificaciones por escrito en relación con el perfeccionamiento o la liquidación de los contratos. Un ejemplo de estos requisitos de notificación podrían ser los de rescisión de un acuerdo de préstamo que, en virtud de las reglas de protección del deudor en algunos ordenamientos, eran a veces únicamente admisibles en forma escrita sobre papel. Se argumentó que una convención internacional como la que se examinaba no debería obstaculizar la aplicación de esas reglas de derecho interno.

91. Se formuló la propuesta de agregar una salvedad a la regla enunciada en el proyecto de párrafo, indicando que éste estaría sujeto a lo dispuesto en el proyecto de artículo 13, relativo a los requisitos legales sobre la forma escrita. Frente a esta propuesta se respondió que el proyecto de párrafo contenía una regla contra la discriminación que revestía una importancia primordial para eliminar los obstáculos jurídicos en la utilización de los mensajes de datos y que, a este respecto, era indispensable reproducir fielmente el texto de la parte pertinente del artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, sin supeditar la disposición a eventuales requisitos sobre la forma escrita.

92. Tras examinar la posible ampliación del proyecto de párrafo, las salvedades en su aplicación y las objeciones formuladas, el Grupo de Trabajo convino en mantener el alcance del enunciado del proyecto de párrafo tal como estaba formulado hasta que, en su 40º período de sesiones, pasara a examinar el ámbito de aplicación del proyecto de

convención, y en particular las exclusiones previstas en el proyecto de artículo 2 (véase el párrafo 15).

Artículo 11. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

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

"1. De no convenir otra cosa las partes, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.

2. De no convenir otra cosa las partes, si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, se tendrá por recibido el mensaje de datos en el momento en que entre en el sistema de información designado; de enviarse un mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, el mensaje de datos se tendrá por recibido cuando el destinatario tenga acceso a él. Si el destinatario no ha designado ningún sistema de información, el mensaje de datos se tendrá por recibido cuando entre un sistema de información del destinatario.

3. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 5 del presente artículo.

4. De no convenir otra cosa las partes, cuando el iniciador y el destinatario utilicen el mismo sistema de información, el mensaje de datos se tendrá por expedido y por recibido cuando sea susceptible de ser recuperado y procesado por el destinatario.

5. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, como se determine de conformidad con el artículo 7."

94. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo se centraron en el párrafo 2, que fue criticado por ser demasiado complejo y por dar demasiados detalles. Desde una perspectiva de fondo, se sugirió que una regla relativa a la recepción de un mensaje de datos centrada en el momento en el que el mensaje entraba en un determinado sistema de información era excesivamente rígida y no bastaba para asegurarse de que el destinatario tuviera, efectivamente, conocimiento del mensaje. Se dijo que el hecho de que el mensaje haya entrado en el sistema del destinatario o en otro sistema designado por el destinatario no permitirá llegar, en todo supuesto, a la conclusión de que el destinatario tuvo acceso al mensaje. Convendría formular el proyecto de párrafo 2 en términos más flexibles añadiendo la noción de la accesibilidad del mensaje de datos a los elementos mencionados en el proyecto de párrafo.

95. Uno de los pareceres al respecto fue el de que las reglas enunciadas en el proyecto de párrafo eran básicamente aceptables, pero que la primera y la última frase del proyecto de párrafo debían ser mejor perfiladas añadiendo algún texto como el de "y el mensaje de datos llegue a conocimiento del destinatario". Se dijo que esas palabras reflejarían todo supuesto en el que el mensaje no pudiera ser consultado por el destinatario por razones que estuvieran fuera de su control, tales como que se interrumpiera el acceso del destinatario al sistema de información o se le obstaculizara su consulta.

96. Otro parecer fue el de que sería preferible sustituir la totalidad del párrafo 2, y tal vez de los párrafos 3 a 5 también, por una disposición más breve que dijera que se tendrá el mensaje de datos por recibido si dicho mensaje puede ser recuperado y procesado por el destinatario.

97. Si bien esta última propuesta fue amplia y firmemente respaldada, también se formularon en el seno del Grupo de Trabajo importantes objeciones a la misma. Se dijo que el párrafo en su totalidad estaba inspirado en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, por lo que convendría evitar toda incoherencia entre ambos textos. En su formulación actual, el régimen enunciado parecía reiterar, en un contexto de operaciones electrónicas, los criterios que rigen el envío y la recepción de comunicaciones sobre papel, a saber, el momento en el que la comunicación deja de estar bajo el control del expedidor y el momento en que la comunicación pasa a estar bajo el control de su receptor. La noción de la "entrada" en un

sistema de información, que figura en la definición tanto de envío como de recepción de un mensaje de datos, se refiere al momento en que el mensaje de datos pasa a ser procesable en el interior de un sistema de información. Se dijo que la regla enunciada en el proyecto de párrafo tiene básicamente por objeto establecer la equivalencia funcional del medio que se vaya a utilizar en el comercio electrónico, pero que no pretende introducir un régimen particular para dicho comercio. Se dijo, por ese motivo, que no sería deseable establecer reglas basadas en el momento en el que el mensaje podía ser consultado o utilizado por el destinatario. Esas cuestiones debían quedar al margen del alcance asignado al proyecto de convención. Además, se dijo que el párrafo 2 enunciaba una regla importante que permitía que las partes designaran un determinado sistema de información para la recepción de ciertas comunicaciones, por ejemplo, en supuestos en los que se indicaba expresamente, en la oferta, la dirección a la que debía enviarse la aceptación. Se dijo que esa posibilidad era de gran importancia práctica, particularmente para las grandes empresas que utilizaran diversos sistemas de comunicación en diversos lugares.

98. El Grupo de Trabajo consideró prolongadamente los diversos pareceres expresados. Si bien un parecer muy generalizado habló en favor de que se sustituyera el proyecto de párrafo 2 por un régimen más general basado en la noción de la accesibilidad de un mensaje de datos, el Grupo de Trabajo convino en que el asunto habría de ser examinado ulteriormente y decidió mantener el texto actual del proyecto de párrafo, pero colocándolo entre corchetes como solución alternativa a la del nuevo párrafo que preparara la Secretaría. Se pidió a la Secretaría que formulara esas variantes en términos que extendieran su alcance más allá de la oferta y la aceptación en sí, a fin de dar entrada a otras modalidades de comunicaciones comerciales.

Artículo 12. Operaciones automatizadas

99. El texto del proyecto de artículo, examinado por el Grupo de Trabajo, decía:

"1. De no convenir otra cosa las partes, el contrato podrá formarse por la interacción de un sistema informático automatizado y una persona física o por la interacción de sistemas informáticos automatizados, incluso si cada uno de los distintos actos efectuados por esos sistemas o el acuerdo resultante no fueron revisados por una persona física.

2. De no convenir [expresamente] otra cosa las partes, toda parte que ofrezca bienes o servicios por medio de un sistema informático automatizado pondrá a disposición de las partes que utilicen el sistema los medios técnicos que les permitan identificar y corregir errores antes de la celebración del contrato. Los medios técnicos que se pongan a disposición en cumplimiento de lo dispuesto en el presente párrafo serán adecuados, eficaces y accesibles.

[3. Los contratos celebrados por personas físicas que accedan al sistema informático automatizado de otra persona no tendrán efectos jurídicos y no serán ejecutorios si la persona natural cometió un error sustancial en el mensaje de datos y

a) El sistema informático automatizado no brindó a la persona física la oportunidad de impedir o corregir el error;

b) La persona física, al percatarse del error, lo notifica a la otra persona lo antes posible e indica que ha cometido un error en el mensaje de datos;

c) La persona física toma medidas razonables, incluidas las medidas que se ajustan a las instrucciones de la otra persona de devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, a consecuencia del error o, si tiene instrucciones para ello, de destruir tales bienes o servicios; y

d) La persona física no ha utilizado los bienes o servicios, si los hubiere, recibidos de la otra persona ni obtenido beneficio material o sacado provecho de ellos.]"

Observaciones generales

100. Se cuestionó la necesidad práctica de regular expresamente las operaciones automatizadas. Se dijo que las cuestiones reguladas por el proyecto de artículo 12 ya estaban resueltas, o deberían estarlo, en otros proyectos de artículo. Se dijo que, en la práctica, tal vez fuera problemático distinguir una operación automatizada de otra que estuviera

semiautomatizada o que no estuviera en absoluto automatizada.

101. El Grupo de Trabajo tomó nota de esos pareceres, y era consciente de las dificultades conceptuales relativas a la noción de "sistema informático automatizado", que se utilizaba en el proyecto de artículo, así como de la necesidad de evitar que se formularan reglas para los errores ocurridos en un entorno electrónico que fueran distintas de las aplicables a errores correspondientes ocurridos en un entorno documental sobre soporte de papel.

Párrafo 1

102. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de párrafo desarrollaba aún más un principio formulado en términos genéricos en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Se observó que el proyecto de párrafo no tenía por objeto innovar respecto de los efectos jurídicos actualmente atribuidos a las operaciones automatizadas, conforme a lo expresado por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/484, párr. 106), en el sentido de que todo contrato que resulte de la interacción de un sistema informático con otro sistema informático u otra persona había de ser imputado a aquella persona en cuyo nombre se hubiera concertado el contrato.

103. A reserva de que se sustituyera "persona física" por "persona" y "sistema informático automatizado" por "sistema de información automatizado", el Grupo de Trabajo fue del parecer de que el contenido del proyecto de párrafo era en general aceptable.

Párrafos 2 y 3

104. El Grupo de Trabajo deliberó prolongadamente sobre la necesidad y conveniencia de formular un régimen especial que se ocupara de los errores o faltas cometidas por personas al utilizar sistemas informáticos automatizados.

105. Se respaldó firmemente la idea de incluir disposiciones sobre los errores en las operaciones electrónicas, dado que ese régimen especial era necesario por razón del riesgo relativamente superior de que ocurrieran errores humanos al negociar electrónicamente a través de sistemas informáticos automatizados que al negociar por medios más tradicionales. La necesidad de esas disposiciones especiales era aún mayor por razón de que dichos errores podían convertirse en irreversibles tan pronto como se expidiera la aceptación.

106. En sentido contrario se dijo que las disposiciones estudiadas podrían interferir en nociones ya consagradas del derecho general de los contratos, por lo que no procedía incluirlas en el nuevo instrumento. Se dijo que disposiciones de la índole de las del proyecto de párrafo 2 y, en mayor medida, de las del proyecto de párrafo 3, entrañaban el riesgo de crear una dualidad de regímenes para las consecuencias jurídicas de los errores y faltas, según que se cometieran en un contexto electrónico o no electrónico.

107. Prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que debía abordarse la cuestión de los errores y faltas en las operaciones electrónicas. Para mayor claridad, esas disposiciones deberían figurar en un artículo aparte del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las observaciones especiales formuladas respecto de los párrafos 2 y 3.

108. Diversos oradores expresaron el parecer de que el proyecto de párrafo 2 era de índole reglamentaria o de derecho público, por lo que no procedía incluirlo en el proyecto de convención. Normalmente, la obligación impuesta a toda persona, que ofrezca bienes o servicios a través de un sistema de información automatizado, de proporcionar algún medio, que permita al destinatario corregir todo error que se haya introducido, sólo surtirá efecto si se impone alguna sanción administrativa o reglamentaria por el incumplimiento de esa obligación. Dado que el proyecto de párrafo ni prevé ni puede prever, por su índole, ese tipo de sanciones, sería preferible suprimir esta disposición.

109. El parecer contrario, que finalmente prevaleció, fue el de que el proyecto de párrafo era una disposición valiosa para alentar a los interesados a recurrir a prácticas óptimas para las operaciones electrónicas, razón por la cual debía retenerse esa disposición en el proyecto de convención. Pese a que se encontraban disposiciones de esa índole en ciertas normas

protectoras del consumidor, prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que convendría que esa disposición figurara también en un marco puramente comercial. Además, no cabía considerar que este párrafo era excesivamente preceptivo, ya que reconocía expresamente la autonomía contractual de las partes para sustraerse al imperio de sus disposiciones. Se sugirió que cabría atender algunas de las inquietudes expresadas reformulando el proyecto de párrafo para que expresara más claramente la relación lógica entre el proyecto de párrafo 2 y el párrafo 3, que establecía una sanción de índole civil o de derecho privado.

110. Respecto del proyecto de párrafo 3, se sugirió que una disposición de este tipo podría no ser adecuada en operaciones propiamente comerciales (es decir en operaciones no efectuadas con consumidores), dado que el derecho a repudiar un contrato por error sustancial material no era algo que estuviera siempre previsto en el marco del derecho general de los contratos. Una solución como la ofrecida en el proyecto de párrafo podría interferir en principios ya consagrados de derecho interno. Se estimó que el mero empleo de sistemas de información automatizados no bastaba para justificar esta innovación. Se estimó asimismo que los apartados c) y d) iban más allá de las cuestiones propias de la formación de un contrato y suponían cierto desvío respecto de las consecuencias previstas por algunos ordenamientos jurídicos para la anulación de un contrato. Prevaleció, no obstante, el parecer en el Grupo de Trabajo de que una disposición que diera una solución armonizada a la cuestión de las consecuencias que tendrían los errores ocurridos en operaciones electrónicas era de suma importancia práctica, por lo que debería figurar en el proyecto de convención. El hecho de que esta disposición se ocupara de la validez de un contrato concordaba con lo dispuesto en el proyecto de artículo 3.

111. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que la noción de “error material” enunciada en el proyecto de párrafo debía ser aclarada. Además, el Grupo de Trabajo convino en que la Secretaría podría presentar, en la revisión que hiciera del proyecto de párrafo, una segunda variante para el proyecto de párrafo 2 en la que cabría incluir parte del contenido del apartado a). Se sugirió que se fusionaran los apartados c) y d) en otro párrafo, a título de posible variante que sería examinada por el Grupo de Trabajo.

Artículo 13. Requisitos de forma

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

“1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención exige que un contrato tenga que celebrarse o probarse por escrito ni que esté sujeto a ningún otro requisito de forma.

2. Cuando la ley requiera que los contratos a los que es aplicable la presente Convención consten por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

Variante A

3. Cuando la ley exija que los contratos a los que se aplica la presente convención vayan firmados, 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 consignada en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es fiable y resulta igualmente apropiado para los fines con los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

Variante B

3. Cuando la ley exija que los contratos a los que se aplica la presente convención vayan firmados, o prevea consecuencias por la falta de firma, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

4. La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 3 si:

a) Los datos de creación de la firma, en el contexto en el que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;

b) Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

c) Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y

d) Cuando el objetivo del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

5. Lo dispuesto en el párrafo 4 se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

a) Demuestre de cualquier otra manera, a los efectos de cumplir el requisito a que se refiere el párrafo 3, la fiabilidad de una firma electrónica;

b) Aduzca pruebas de que la firma electrónica no es fiable."

113. Se observó que en el proyecto de artículo 13 se combinaban disposiciones esenciales sobre los requisitos de forma de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (artículo 11) con disposiciones de los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. En el párrafo 1 se reafirmaba el principio general de la libertad de forma, enunciado en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. En el párrafo 2 se enunciaban los criterios para la equivalencia funcional entre los mensajes de datos y los documentos sobre papel, del mismo modo que en el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. En la variante A se enumeraban los criterios generales para la equivalencia funcional entre las firmas manuscritas y los métodos de identificación electrónica mencionados en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. La variante B se basaba en el párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas. Se señaló que, en contraste con la estructura adoptada en el párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, las posibles exclusiones de ciertas situaciones de hecho del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 13 no se regulaban mediante una disposición general en dicho proyecto de artículo. Se pretendía regular en el proyecto de artículo 2 las posibles situaciones en que pudiera haber que mantener los requisitos tradicionales de forma. Según una opinión, convendría adoptar otro enfoque, reproduciendo en el proyecto de instrumento el artículo 96 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. No obstante, según la opinión general, sería excesivamente complejo crear la posibilidad de que los Estados contratantes "cuya legislación exija que los contratos [...] se celebren o se aprueben por escrito" pudieran hacer una "declaración" que les permitiera evitar la aplicación de la regla más liberal que se enunciaba en el proyecto de artículo 13. Se convino en que la cuestión se examinara de nuevo en el contexto del proyecto de artículo 2.

Párrafo 1

114. Si bien el criterio seguido en el párrafo 1 fue objeto de una amplia aprobación, se expresaron dudas sobre la utilidad de que en el proyecto de convención se enunciara expresamente una regla que, a juicio de varias delegaciones, se limitaba a reafirmar lo obvio, repetía ciertas disposiciones de los proyectos de artículo 10 y 12 y contribuía poco a la armonización. Se expresó la opinión de que el párrafo 1 sería de utilidad si se interpretaba como confirmación de la facultad de los Estados para establecer en su derecho interno los requisitos generales de forma para el perfeccionamiento de los contratos. Se apoyó esta interpretación y se estimó que confirmaba que era innecesario recurrir a un mecanismo de declaración como el instituido por el artículo 96 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

115. Sin embargo, predominó la opinión de que el párrafo 1 era útil y de que debería mantenerse hasta que el Grupo de Trabajo lo reexaminara ulteriormente. En cuanto a la redacción, se puso en duda la utilidad de reproducir parte del artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Se señaló que era comprensible que

en esa Convención se empleara el término “escrito”, pues en la época en que fue elaborada el requisito sobre la forma escrita era la principal condición que podía imponerse en la redacción de contratos. Se sugirió ajustar más el enunciado del proyecto de instrumento a las prácticas contractuales de hoy día redactándolo en términos como los siguientes: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención exige que un contrato tenga que celebrarse o probarse [de una determinada forma] [mediante mensajes de datos o de cualquier otra forma]”. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que este enunciado figurara en un nuevo proyecto de párrafo 1.

Párrafo 2

116. En general se consideró aceptable el contenido del párrafo 2. Se formularon preguntas acerca del significado exacto de la referencia a “la ley”, que puede requerir que los contratos consten por escrito, y también sobre el significado de las palabras “por escrito”. Se sugirió que estas cuestiones volvieran a examinarse en el contexto del proyecto de artículo 5. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia.

117. Se expresó la opinión de que, si bien interpretando el derecho interno existente podía lograrse también el resultado esperado del párrafo 2, podían plantearse dificultades más graves con los requisitos sobre la forma escrita enunciados en instrumentos multilaterales. Se observó que tal vez convendría tratar de nuevo la cuestión en el contexto del tema 5 del programa.

Párrafo 3

118. Las dos variantes A y B recibieron apoyo. En favor de la variante B se señaló que el texto era más detallado y daba una mayor certeza jurídica que la variante A con respecto a la utilización de las firmas electrónicas. En apoyo de la variante A se observó que el texto que contenía era más flexible que el de la variante B, que podía ajustarse fácilmente a requisitos más estrictos de derecho interno respecto de las características de una firma electrónica, y que su texto reflejaba mejor el principio de la neutralidad de los medios tecnológicos.

119. Según una opinión muy general, convenía optar por la variante A en espera de que se examinara la definición de “mensaje de datos” en el proyecto de artículo 5. Se afirmó que la armonización mínima que cabía esperar de la variante A era suficiente para reducir el riesgo que podría derivarse de la aplicación de legislación extranjera sobre firmas electrónicas. Según otra opinión, ninguna de las variantes era necesaria si la principal finalidad del proyecto de instrumento era regular el perfeccionamiento de los contratos. Los partidarios de este criterio afirmaron que tal vez lo reconsiderarían si el Grupo de Trabajo decidía que un objetivo importante del proyecto de instrumento era ofrecer una versión en forma de convención de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas. Según otra opinión que recibió cierto apoyo, cabría combinar la dos variantes, utilizando la variante A como común denominador mínimo para el caso en que los Estados ya hubieran adoptado legislación sobre las firmas electrónicas, y la variante B para el caso en que no existiera tal legislación. Frente a esta propuesta se respondió que tal combinación crearía un problema con una dualidad de regímenes legales aplicables. Además se observó que una combinación de las dos variantes equivaldría a adoptar la variante B, en la que se reproducía y desarrollaba el texto del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, reproducido como variante A.

120. En cuanto a la redacción se propuso que, en caso de optarse por la variante A, se insertaran en su texto palabras del siguiente tenor: “o prevea consecuencias por la falta de firma”. Con respecto a ambas variantes, se señaló que la referencia a los requisitos legales respecto de “contratos” era demasiado restrictiva, por lo que de habría de abarcar también las “comunicaciones” antes y después del contrato, las “declaraciones” o “las manifestaciones de voluntad” entre las partes que utilizaran mensajes de datos.

121. Tras un debate, el Grupo de Trabajo no se decidió por ninguna de las variantes. Se pidió a la Secretaría que prepara una versión revisada del proyecto de artículo 13, con posibles variantes en que se tuvieran en cuenta las diversas opiniones y sugerencias formuladas en el debate.

Artículo 15. Disponibilidad de las condiciones contractuales

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

"La parte que ofrezca bienes o servicios por medio de un sistema de información que sea accesible al público en general pondrá a disposición de la otra parte durante un plazo de tiempo razonable el mensaje o los mensajes de datos que contienen las condiciones del contrato y las condiciones generales de tal manera que permita su almacenaje y reproducción. Se considerará que un mensaje de datos no es susceptible de ser almacenado o reproducido si el iniciador impide que la otra parte imprima o almacene el mensaje o los mensajes de datos."

123. Se expresó el parecer de que el proyecto de artículo 15 debería suprimirse por las razones ya expresadas en el contexto del examen de los proyectos de artículo 14 y 12. Se dijo que carecía de sentido enunciar disposiciones de índole reglamentaria en el proyecto de instrumento, especialmente si no se preveía ninguna sanción al respecto. Se dijo asimismo, a favor de la supresión de este artículo, que su texto imponía reglas no existentes en el contexto de las operaciones consignadas sobre papel, por lo que se apartaba de la política seguida en el proyecto de instrumento de no crear una dualidad de regímenes para los contratos consignados sobre papel, por una parte, y para las operaciones consignadas por medios electrónicos, por otra. No obstante, prevaleció ampliamente el parecer de que debía mantenerse el criterio general incorporado a este proyecto de artículo, dado que abordaba expresamente un elemento que era particularmente importante en el marco de los contratos electrónicos. Se convino en que tal vez se hubiera que considerar más a fondo la cuestión de las consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto en el proyecto de artículo 15. Entre las consecuencias posibles de ese incumplimiento, se mencionó la de que se declarara inválido el contrato o la de que se dieran por no incorporadas al contrato algunas de sus condiciones o las condiciones generales del mismo.

124. Respecto de la formulación del proyecto de artículo 15, se sugirió suprimir las palabras "durante un plazo de tiempo razonable", dado que la obligación de que las condiciones generales del contrato estuvieran a disposición de todo el mundo no debía estar temporalmente limitada. Respecto de la última frase u oración del artículo, se expresaron dudas de que el verbo "se considerará" deje la flexibilidad requerida para crear documentos electrónicos que sean equivalentes funcionales de un "original" o de un "documento único", lo que a veces se consigue inhibiendo la capacidad de reproducir dicho documento electrónico. Se sugirió asimismo que tal vez hicieran falta más deliberaciones para determinar si se necesitaba la segunda oración del artículo, en vista del requisito enunciado en su primera oración, que sería imposible de cumplir si se daba el supuesto considerado en la segunda oración.

125. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 15, basada en lo que se había concertado al respecto, que se colocaría entre corchetes para su examen en un ulterior período de sesiones.

B. Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico: los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales que rigen el comercio internacional, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.94) [Original: inglés]

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) examinó una recomendación que había aprobado, el 15 de marzo de 1999, el Centro para la Facilitación de los Procedimientos y Prácticas para la Administración, el Comercio y el Transporte, actualmente conocido como Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico (CEFACT), de la Comisión Económica para Europa[1]. En el texto se recomendaba que la CNUDMI adoptara las medidas necesarias para asegurar que las referencias a "escrito", "firma" y "documento" en las convenciones y los acuerdos de comercio internacional dieran cabida a los equivalentes electrónicos. Se apoyó la idea de elaborar un protocolo global encaminado a modificar los regímenes jurídicos de los tratados multilaterales de modo que pudiera recurrirse más al comercio electrónico.

2. Se propusieron otros temas, como: las operaciones electrónicas y el derecho contractual; la transferencia electrónica de derechos sobre bienes corporales; la transferencia electrónica de derechos inmateriales; los derechos sobre datos y programas electrónicos (eventualmente en cooperación con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual); cláusulas modelo para la formación de contratos por medios electrónicos (eventualmente en cooperación con la Cámara de Comercio Internacional y el *Internet Law and Policy Forum*); el derecho aplicable y la competencia (eventualmente en cooperación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado); y los sistemas de solución de controversias por vía informática[2].

3. La Comisión tomó nota de las propuestas mencionadas. Se decidió que, una vez concluida su tarea actual de preparación de un proyecto de régimen uniforme sobre las firmas electrónicas, el Grupo de Trabajo examinaría, en el contexto de su función general de asesoramiento sobre cuestiones de comercio electrónico, algunos de los temas arriba mencionados, o todos ellos, así como temas suplementarios, con miras a formular propuestas más concretas para la labor futura de la Comisión[3].

4. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2001, el Grupo de Trabajo examinó propuestas para eliminar los obstáculos al comercio electrónico en las convenciones internacionales existentes, basándose en una nota de la Secretaría

---

[1] El texto de la recomendación dirigida a la CNUDMI figura en el documento TRADE/CEFACT/1999/CRP.7. Su adopción por el CEFACT se recoge en el informe de esta entidad sobre la labor de su 50º período de sesiones (TRADE/CEFACT/1999/19, párr. 60).

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 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.

[3] Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párrs. 315 a 318.

(A/CN.9/WG.IV/WP.89). En esa nota se reproducía un análisis de las cuestiones de derecho internacional público que se plantearían al adoptarse las medidas necesarias para asegurar que las referencias a los conceptos de "escrito", "firma" y "documento" en las convenciones y los acuerdos de comercio internacional dieran cabida a sus equivalentes electrónicos; ese análisis fue preparado, a petición de la Secretaría, por la Sra. Geneviève Burdeau, profesora de la Universidad de París I-Panthéon Sorbonne, Profesora Adjunta del Instituto de Derecho Internacional y Secretaria General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

5. El Grupo de Trabajo convino en recomendar a la Comisión que emprendiera la labor de preparación de un instrumento o de instrumentos internacionales apropiados para eliminar los obstáculos jurídicos a la utilización del comercio electrónico que pudieran derivarse de los instrumentos internacionales de derecho mercantil. El Grupo de Trabajo convino asimismo en recomendar que se pidiera a la Secretaría que llevara a cabo un amplio estudio sobre los posibles obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en instrumentos internacionales, sin limitarse a los instrumentos ya mencionados en el estudio del CEFACT. En tal estudio debería tratarse de determinar la naturaleza y el contexto de esos obstáculos con miras a que el Grupo de Trabajo pudiera formular recomendaciones concretas de medidas pertinentes. En la realización del estudio, la Secretaría debería contar con la asistencia de expertos externos y mantener consultas con las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales pertinentes. La Comisión hizo suya esa recomendación en su 34º período de sesiones celebrado en 2001[4].

6. La finalidad de la presente nota es informar al Grupo de Trabajo sobre los progresos realizados por la Secretaría en la labor que le encomendó la Comisión a raíz de la recomendación del Grupo de Trabajo. Previendo que la Comisión haría suya la recomendación formulada por el Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones, la Secretaría había iniciado inmediatamente un estudio sobre los posibles obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales. Con ese fin, la Secretaría utilizó como material de base los instrumentos ya mencionados en el estudio del CEFACT. En esa lista se incluyeron posteriormente otros instrumentos pertinentes de derecho mercantil. Hasta la fecha, el estudio se ha limitado a los instrumentos depositados en poder del Secretario General. Ulteriormente, el estudio podría abarcar instrumentos internacionales en poder de otros depositarios. El anexo de la presente nota contiene los resultados del análisis inicial de los instrumentos actualmente abarcados por el estudio (en total, 33 convenciones internacionales), así como una reseña de las conclusiones preliminares sobre los tipos de disposición de cada instrumento que podrían crear obstáculos para el comercio electrónico.

7. El estudio se limitaba a los tratados multilaterales registrados ante el Secretario General de las Naciones Unidas, enumerados en los capítulos X (Comercio internacional y desarrollo), XI (Transporte y comunicaciones), XXI (Derecho del mar), y XXII (Arbitraje comercial) del "*Status of Multilateral*

[4] Debido al poco tiempo transcurrido desde el 34º período de sesiones de la Comisión y el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, en el momento de redactarse la presente nota aún no se disponía del informe de la Comisión sobre ese período de sesiones.

Treaties deposited with the Secretary-General"[5]. En la fase actual no se han incluido en el estudio las convenciones registradas por gobiernos u otras organizaciones, como la Organización de Aviación Civil Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En el estudio no entran los tratados bilaterales, las leyes modelo ni los textos no gubernamentales.

8. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la labor realizada hasta la fecha por la Secretaría y determinar, en particular, si la metodología empleada por la Secretaría en la realización del estudio es adecuada para este proyecto conforme a lo previsto por el Grupo de Trabajo.

[5] Información disponible en untreaty.un.org

Anexo

Estudio preliminar de posibles obstáculos al comercio internacional en los instrumentos internacionales de comercio internacional depositados en poder del Secretario General*

Índice**

		Párrafos	Página
I.	Comercio internacional y desarrollo	1-46	749
3.	Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral	1-4	749
7.	Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías y Protocolo de dicha Convención	5-20	749
10.	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías	21-27	751
12.	Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales	28-34	752
13.	Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional	35-40	753
15.	Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente	41-46	754
II.	Transporte y comunicaciones	47-147	755
A.	Cuestiones aduaneras	47-82	755
5.	Convenio internacional para facilitar la importación de muestras comerciales y material de propaganda	52-55	756
9.	Convenio Aduanero sobre Contenedores (1956)	56	757
15.	Convenio Aduanero sobre Contenedores (1972)	57-61	757
13.	Convenio Aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (1959)	62-63	758
16.	Convenio Aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (1975)	64-72	758
14.	Convención Europea sobre el régimen aduanero de los bastidores de carga utilizados en el transporte internacional	73	760
17.	Convenio Internacional sobre la armonización de los controles de mercancías en las fronteras	74-78	760
18.	Convenio sobre el régimen aduanero aplicable a los contenedores utilizados en el transporte internacional	79-82	761

* Todos los datos sobre la situación de las convenciones y los acuerdos corresponden a la fecha del 5 de febrero de 2002.

** El número que precede al título de cada instrumento corresponde al número con el que el instrumento figura bajo el respectivo capítulo de la publicación "*Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*".

B. Tráfico por carretera 83-118 761

1. Convención sobre la circulación vial (1949) 83 761

19. Convención sobre el Tráfico por Carretera (1968) 84 762

8. Acuerdo General para la reglamentación del aspecto económico del transporte internacional por carretera, y Protocolos de dicho Acuerdo 85 762

11. Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera y Protocolo de dicho Convenio 86-104 762

12. Convenio relativo al régimen fiscal de los vehículos de carretera que realizan transportes internacionales de mercancías 105 767

13. Convenio relativo al régimen fiscal de los vehículos de carretera que realizan transportes internacionales de pasajeros 106 767

14. Acuerdo europeo sobre el transporte internacional de mercaderías peligrosas por carretera y Protocolos de dicho Acuerdo 107 767

22. Acuerdo sobre el transporte internacional de productos alimenticios perecederos y sobre la utilización de equipo especial para su transporte . . 108-110 767

21. Acuerdo europeo sobre el trabajo del personal de los vehículos que se dedican al transporte internacional por carretera 111-112 768

23. Acuerdo europeo que complementa la Convención sobre la circulación vial 113 769

26. Convención sobre el contrato de transporte internacional de pasajeros y equipaje por carretera, y Protocolo de dicha Convención 114-118 769

C. Transporte por ferrocarril 119 770

2. Convenio internacional para facilitar el paso de fronteras a mercaderías transportadas por ferrocarril 119 770

D. Transporte por vía acuática 120-140 770

1. Convención sobre la limitación de la responsabilidad de los dueños de barcos para la navegación interior, y Protocolo de dicha Convención 120 770

3. Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías 121-134 770

4. Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval 135-140 773

E. Transporte multimodal 141-147 774

1. Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías 141-146 774

2. Acuerdo europeo sobre las grandes líneas internacionales de transporte combinado e instalaciones conexas y Protocolo de dicho Acuerdo 147 775

III. Arbitraje comercial 148-156 775

1. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras 148-154 775

2. Convención europea sobre arbitraje comercial internacional 155-156 777

I. Comercio Internacional y Desarrollo

3. Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral (Nueva York, 8 de julio de 1965)

Situación: entró en vigor el 9 de junio de 1967 (27 signatarios; 37 Estados partes).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 597, Nº 8641, pág. 3.

Observaciones

1. La finalidad de la Convención es invitar a las partes contratantes a reconocer plenamente las necesidades de los Estados sin litoral en cuestiones de comercio de tránsito, especialmente en lo referente a los impuestos y recargos especiales, y brindar a los Estados sin litoral la oportunidad de disfrutar de un trato y de derechos idénticos a los reconocidos a los Estados con litoral.

2. De conformidad con el artículo 5, los Estados contratantes se comprometen a utilizar documentación simplificada y métodos expeditivos en los procedimientos aduaneros, administrativos y de transporte relativos a todo el período de tránsito por el territorio de los Estados sin litoral. Dado que la Convención no establece la forma que debe revestir esta documentación, no parece crear obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico. La cuestión de si la "documentación simplificada y los métodos expeditivos para los trámites aduaneros" afecta o no a las comunicaciones electrónicas se deja en manos de la legislación de aplicación de la Convención.

Conclusiones

3. Las disposiciones de la Convención regulan cuestiones comerciales y van dirigidas a los Estados que no establecen reglas directamente aplicables a las operaciones de derecho privado. Además, la posibilidad de que los documentos sobre papel sean sustituidos por comunicaciones electrónicas para los fines de la Convención depende en gran medida de que las autoridades de los Estados parte en la Convención puedan y deseen procesar esos documentos en forma electrónica.

4. Dada la estrecha relación entre la Convención y otros instrumentos internacionales sobre cuestiones aduaneras y de facilitación del comercio, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, junto con esos otros instrumentos, otras cuestiones relacionadas con el comercio electrónico que puedan plantearse en el marco de la Convención (véanse los párrafos 52 a 82 *infra*).

7. Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y Protocolo de dicha Convención (Viena, 11 de abril de 1980)

Situación: entró en vigor el 1º de agosto de 1988 (Convención: 12 signatarios, 24 Estados parte; Protocolo: 17 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, Nº 26119, pág. 1.

Observaciones

5. La finalidad de la Convención es adoptar reglas uniformes que rijan el plazo de prescripción en la compraventa internacional de mercaderías.

6. La Convención contiene diversas referencias a la forma escrita, así como a los documentos sobre papel u otras formas de comunicación, algunas de las cuales pueden crear incertidumbre en relación con el comercio electrónico. Estas disposiciones pueden reagruparse, esencialmente, en las cuatro categorías que se indican a continuación:

a) Disposiciones que prevén el intercambio de notificaciones o de declaraciones entre las partes

7. Diversas disposiciones de la Convención otorgan determinados efectos jurídicos a las notificaciones que pueden intercambiar las partes o a las declaraciones que pueden efectuar.

8. Por ejemplo, el artículo 12 dispone que "cuando, en los casos previstos por la ley aplicable al contrato, una parte tenga derecho a declararlo resuelto antes de la fecha en que corresponda su cumplimiento, y ejercite tal derecho, el plazo de

prescripción correrá a partir de la fecha en que tal decisión sea comunicada a la otra parte". Otro ejemplo es el párrafo 2 del artículo 14, en virtud del cual a efectos de determinar el momento a partir del cual el plazo de prescripción cesará de correr al iniciarse un procedimiento arbitral, tal procedimiento se considerará iniciado en la fecha en que el requerimiento de someter la controversia al arbitraje sea notificado en la residencia habitual o en el establecimiento de la otra parte, o, en su defecto, en su última residencia o último establecimiento conocidos.

9. La Convención no especifica si esas declaraciones o notificaciones pueden efectuarse por medios electrónicos. Tampoco dice a partir de qué momento se considerarán efectuadas esas declaraciones o notificaciones ni establece criterios para efectuar tal determinación respecto de las comunicaciones electrónicas.

b) Disposiciones que prevén expresamente notificaciones o comunicaciones escritas, incluida la definición de "forma escrita"

10. En diversas disposiciones de la Convención se hace referencia a comunicaciones que deben efectuarse "en forma escrita".

11. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 18 dispone que el procedimiento iniciado contra el deudor hará que el plazo de prescripción previsto en la Convención cese de correr con respecto al codeudor solidario siempre que el acreedor informe a este último por escrito, dentro de dicho plazo, de la iniciación del procedimiento. Además, el párrafo 2 dispone que cuando el procedimiento sea iniciado por un subadquirente contra el comprador, el plazo de prescripción previsto en la Convención cesará de correr en cuanto a las acciones que correspondan al comprador contra el vendedor, a condición de que aquél informe por escrito a éste, dentro de dicho plazo, de la iniciación del procedimiento.

12. Asimismo, de conformidad con el artículo 20, si antes de la expiración del plazo de prescripción el deudor reconoce por escrito su obligación respecto del acreedor, un nuevo plazo de cuatro años comenzará a correr a partir de tal reconocimiento. También figuran requisitos sobre la forma en el artículo 22, en virtud del cual el plazo de prescripción no podrá ser modificado ni afectado por ninguna declaración o acuerdo entre las partes salvo si el deudor, durante el curso del plazo de prescripción, prorroga dicho plazo mediante declaración escrita hecha al acreedor.

13. La definición de "escrito" en el párrafo 3 g) del artículo 1, en la que entran "los telegramas y télex", tal vez no incluya "*prima facie*" las comunicaciones electrónicas.

c) Disposiciones relativas a la fecha y al lugar de perfeccionamiento del contrato

14. Las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de la Convención se basan esencialmente en dos elementos: el carácter internacional del contrato y la ubicación de las partes en los territorios de distintos Estados contratantes, partes en la Convención, en el momento de la celebración del contrato (véase el artículo 2, apartado a), y el artículo 3, párrafo 1 a)).

15. Estas disposiciones pueden plantear dificultades en el comercio electrónico, dado que en la mayoría de los regímenes de derecho contractual se toman como referencias para determinar la fecha de perfeccionamiento del contrato el envío y la recepción de la oferta, así como la aceptación. Puede ser difícil determinar el lugar en que se ha enviado o recibido un mensaje. Normalmente, los protocolos de transmisión de mensajes de datos entre distintos sistemas de información registran el momento en que el mensaje pasa de un sistema a otro o el momento en que el destinatario lo recibe o lo lee. Sin embargo, los protocolos de transmisión no suelen indicar la ubicación de los sistemas de comunicación.

d) Disposiciones relativas a un compromiso o acuerdo existente entre las partes

16. Algunas de las disposiciones de la Convención se refieren a una garantía o acuerdo existente entre las partes al que la Convención atribuye ciertas consecuencias en relación con el plazo de prescripción.

17. El artículo 11 dispone que si el vendedor ha dado, respecto de las mercaderías vendidas, una garantía expresa, válida durante cierto período,

caracterizado como un período de tiempo determinado o de cualquier otra manera, el plazo de prescripción de una acción fundada en la garantía comenzará a correr a partir de la fecha en que el comprador notifique al vendedor el hecho en que funde su reclamación, pero tal fecha no podrá ser nunca posterior a la expiración del período de garantía.

18. Con respecto a las disposiciones que prevén notificaciones o declaraciones (véanse los párrafos 7 a 9 *supra*), la Convención no especifica si esa garantía puede darse por medios electrónicos de comunicación. Tampoco aclara cuándo se considera que se ha dado tal garantía ni establece criterios para efectuar esta determinación con respecto a las comunicaciones electrónicas.

19. Además, el artículo 14 dispone que cuando las partes hayan convenido en someterse a arbitraje, el plazo de prescripción cesará de correr a partir de la fecha en que una de ellas inicie el procedimiento arbitral según la forma prevista por el compromiso de arbitraje o por la ley aplicable a dicho procedimiento. Esta disposición presupone la validez del acuerdo de arbitraje, pero no establece ningún requisito sobre la forma que debe revestir el acuerdo, lo cual se deja implícitamente en manos de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje.

Conclusiones

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si los tipos de cuestiones referentes a la contratación electrónica que se plantean en la Convención no habrían de examinarse en el contexto de las deliberaciones sobre la elaboración de un instrumento internacional que regule algunas cuestiones de contratación electrónica (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95).

10. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)

Situación: entró en vigor el 1º de enero de 1988 (18 signatarios; 61 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Nº 25567, pág. 3.

Observaciones

21. La finalidad de la Convención es adoptar una serie de reglas uniformes para regir los contratos de compraventa de mercaderías celebrados entre las partes cuyos establecimientos se encuentren en distintos Estados, a fin de eliminar los obstáculos jurídicos y de promover el desarrollo del comercio internacional.

22. Las cuestiones de contratación electrónica que pudieran plantearse en el marco de la Convención ya se examinaron con detenimiento en una nota anterior de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.91) y el Grupo de Trabajo las estudió en su 38º período de sesiones (véase A/CN.9/484, párrs. 94 a 127). Algunas de estas cuestiones se examinaron también en una nota más reciente de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.95). Por razones de economía en la presente nota no se repiten esas consideraciones y se agregan únicamente las breves observaciones que figuran a continuación.

23. En general, las cuestiones de contratación electrónica que puedan plantearse en el marco de la Convención entran prácticamente en las mismas categorías mencionadas con respecto a la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, con la información suplementaria que figura a continuación.

a) Naturaleza de mercaderías reguladas por la Convención

24. Se considera que la Convención es únicamente aplicable a los contratos de compraventa internacional de “mercaderías”, término con el que suele hacerse referencia principalmente a los bienes muebles corporales; quedan así excluidos de su ámbito de aplicación los bienes inmateriales, como los derechos de patente, las marcas comerciales, los derechos de autor y los conocimientos técnicos.

25. Al principio de sus deliberaciones sobre la contratación electrónica, el Grupo de Trabajo convino en general en que los instrumentos internacionales existentes, concretamente la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, no regulaban diversas operaciones que actualmente se efectúan por vía electrónica, por lo que se consideró útil preparar normas

armonizadas que rigieran las operaciones internacionales que no fueran de compraventa de bienes muebles corporales en el sentido tradicional de la expresión (A/CN.9/484, párr. 115). No obstante, el Grupo de Trabajo recordó que en la práctica, no siempre era posible hacer una distinción clara entre los contratos de compraventa de bienes y los contratos de prestación de servicios. La dificultad de distinguir entre bienes y servicios se ponía de manifiesto en las operaciones con artículos como los discos o los vídeos. La venta por vía electrónica de artículos como minidiscos o cintas de vídeo se consideraba en general compraventa de bienes, mientras que la oferta de difusión informática de películas, programas de televisión o conciertos de música entraba, al parecer, en la categoría de servicios. Sin embargo, la tecnología moderna ofrecía también la posibilidad de adquirir registros de música o de vídeo digitalizados que podían obtenerse directamente descargándolos de la página de Internet del vendedor sin que se entregara ningún medio material. Se observó que convenía examinar con más detenimiento la intención de las partes, a fin de determinar si la operación era de bienes o de servicios (A/CN.9/484, párr. 117).

b) Definición de cumplimiento en el comercio electrónico

26. Diversas disposiciones de la Convención regulan las obligaciones del vendedor y del comprador con respecto al suministro de los bienes. Por ejemplo, el artículo 60 dispone que la obligación del comprador de proceder a la recepción consiste en: a) realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y b) hacerse cargo de las mercaderías. En lo que se refiere al suministro de bienes corporales no hay dudas sobre la naturaleza de esos actos. Ahora bien, si se interpreta la Convención en el sentido de que puede regular la compraventa de productos que no sean bienes muebles corporales (véase la observación anterior en el apartado a) *supra*), pueden surgir problemas a la hora de determinar qué actos constituyen efectivamente el suministro de tales bienes.

Conclusiones

27. En general, las cuestiones que plantea la Convención son, a juicio del Grupo de Trabajo, de contratación electrónica (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95, párrs. 10 a 12). Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de abordar esas cuestiones en el contexto de sus deliberaciones sobre la preparación de un instrumento internacional para regular algunas cuestiones de contratación electrónica (véase A.CN.9/WG.IV/WP.95).

12. Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (Nueva York, 9 de diciembre de 1988)

Situación: aún no ha entrado en vigor (3 signatarios; 3 Estados parte).

Fuente: resolución 43/165 de la Asamblea General, anexo.

Observaciones

28. La finalidad de la Convención es superar las divergencias e incertidumbres en el comercio internacional cuando se utilizan letras de cambio o pagarés internacionales como instrumentos de pago internacional.

29. Las letras de cambio y los pagarés son, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, títulos negociables. Como tales, el régimen legal de esos títulos suele presuponer la existencia de un título que, al menos en algún momento, existe en forma de documento material. En una nota anterior, la Secretaría analizó diversas cuestiones jurídicas que se plantean a la hora de elaborar un equivalente electrónico de los títulos negociables sobre papel (A/CN.9/WG.IV/WP.90). A fin de evitar repeticiones innecesarias, en los párrafos que figuran a continuación se resumen algunas de las consideraciones hechas en esa nota.

30. Con la solución de los problemas del escrito y de la firma en un contexto electrónico no se resuelve la cuestión de la negociabilidad, que se ha considerado tal vez el aspecto más problemático del intercambio electrónico de datos en las prácticas comerciales internacionales. Los derechos representados

por los documentos de titularidad, como los conocimientos de embarque o los recibos de almacén, suelen estar condicionados por la posesión física de un documento original sobre papel. Los análisis de la base jurídica para la negociabilidad de los documentos de titularidad han indicado que en general no existen medios legislativos en virtud de los cuales las partes comerciales, mediante el intercambio de mensajes electrónicos, puedan transferir válidamente sus derechos del mismo modo que con los documentos sobre papel.

31. Esta conclusión también es esencialmente válida para los derechos representados por títulos negociables como las letras de cambio o los pagarés. Además, el régimen legal de los títulos negociables se basa en lo esencial en la técnica del documento material original sobre papel, inmediatamente verificable visualmente. Conforme a la legislación actual, la negociabilidad es indisociable de la posesión física del documento original sobre papel.

32. Así pues, se ha dicho que uno de los problemas a la hora de elaborar legislación para regular la transmisión electrónica de documentos de titularidad radica en que esos documentos se generen de tal modo que los tenedores que reclamen la debida negociación tengan la seguridad de que existe un documento de titularidad, de que no adolece de defectos, de que la firma o lo que sirva de firma es auténtico, que es negociable y que existen medios para hacerse con el documento electrónico que equivalgan jurídicamente a la posesión física (A/CN.9/WG.IV/WP.90, párr. 36).

33. Por consiguiente, la elaboración de equivalentes electrónicos de los documentos de titularidad y de los títulos negociables requeriría la formulación de sistemas a través de los cuales pudieran realizarse transacciones por medios electrónicos de comunicación. Este objetivo podría lograrse mediante un sistema de inscripción en que una autoridad central registrara y gestionara las operaciones, o mediante un dispositivo técnico basado en la criptografía, que asegurara la singularidad del mensaje de datos pertinente. En el caso de operaciones en que se utilizaran documentos transferibles o casi negociables para transferir derechos que fueran exclusivos, tanto el sistema de inscripción como el dispositivo técnico deberían ofrecer una garantía razonable de la singularidad y de la autenticidad de los datos transmitidos.

Conclusiones

34. Dada la peculiaridad de las cuestiones que plantean los equivalentes electrónicos de los títulos negociables, parece necesario elaborar un nuevo marco jurídico general que regule la utilización internacional de mensajes de datos en sustitución de los títulos negociables sobre papel. La Secretaría considera que la elaboración de tal marco jurídico general trascendería la labor del Grupo de Trabajo de supresión de los obstáculos para el comercio electrónico en los instrumentos comerciales internacionales. La Secretaría estima también que sería oportuno que el Grupo de Trabajo analizara los requisitos específicos de ese marco jurídico general durante su examen de los problemas jurídicos que plantea la transferencia de derechos por medios electrónicos, en particular de los derechos sobre bienes corporales (véase A/CN.9/484, párrafos 87 a 93)[a].

13. Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 17 de abril de 1991)

Situación: aún no ha entrado en vigor (5 signatarios; 2 Estados parte).

Fuente: A/CONF.152/13.

Observaciones

35. La finalidad del Convenio es facilitar el movimiento de mercancías estableciendo reglas uniformes de responsabilidad por la pérdida o el deterioro de mercancías o el retraso en su entrega mientras estén a cargo de los empresarios de terminales de transporte. Estas mercancías no están necesariamente cubiertas por la legislación de

[a] Véanse también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párrafo 291.

transportes derivada de las convenciones aplicables a los diversos modos de transporte.

36. El Convenio contiene una serie de disposiciones relativas a las comunicaciones entre los particulares interesados, que en mayor o menor grado pueden generar dudas sobre la aceptabilidad de las comunicaciones electrónicas para los fines previstos en el Convenio. Las disposiciones pertinentes entran generalmente en las mismas categorías que ya se han descrito con respecto a la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (véanse los párrafos 7 a 19 *supra*).

37. Algunas de estas disposiciones ya se han formulado para su adaptación a los medios electrónicos de comunicación. Así se ha hecho, por ejemplo, con las definiciones de "aviso" ("todo aviso dado en una forma por la que queda constancia de la información que contiene") y de "solicitud" ("toda solicitud hecha en una forma por la que queda constancia de la información que contiene"), que figuran en los apartados e) y f) del artículo 1, respectivamente. En el Convenio se utiliza el concepto de "aviso" sobre todo en relación con las comunicaciones de pérdidas de mercancías o de desperfectos sufridos por mercancías entregadas a un empresario de una terminal de transporte (véanse, por ejemplo, los párrafos 1 a 3 y 5 del artículo 11) y el concepto de "solicitud" se emplea en relación con la petición cursada por el cliente con miras a que se le expida un acuse de recibo de las mercancías (véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 4) y las solicitudes de entrega de mercancías (véanse, por ejemplo, los párrafos 3 y 4 del artículo 5).

38. Sin embargo, parecen más problemáticos los requisitos de forma para el instrumento mediante el cual el empresario de la terminal de transportes acusa recibo de las mercancías. En efecto, el párrafo 1 a) y b), del artículo 4 del Convenio, además de referirse a la "firma", utiliza con ese fin el término "documento" en un contexto que parece presuponer medios materiales. Estas disposiciones dicen lo siguiente:

> "El empresario podrá, y a solicitud del cliente deberá, en un plazo razonable y a su elección:
>
> a) bien acusar recibo de las mercaderías firmando y fechando el documento que le presente el cliente en el que se identifican las mercaderías, o
>
> b) bien emitir un documento firmado en el que se identifiquen las mercaderías, se acuse su recibo, con expresión de la fecha en que fueron recibidas, y se haga constar su estado y cantidad en la medida en que puedan determinarse por medios de verificación razonables."

39. Convendría señalar que el término "documento" empleado en el Convenio no es un documento de titularidad sobre los bienes, sino únicamente la prueba de que el empresario de la terminal de transporte tiene las mercaderías a su cargo. La principal cuestión que puede plantear la utilización de comunicaciones electrónicas con este fin sería, pues, el valor probatorio de esas comunicaciones, y no su eficacia para conferir titularidad sobre las mercaderías.

Conclusiones

40. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si los tipos de problemas de contratación electrónica que plantea el Convenio podrían abordarse en el contexto de sus deliberaciones sobre la elaboración de un instrumento internacional para regular las cuestiones de contratación electrónica (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95).

15. Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995)

Situación: entró en vigor el 1º de enero de 2000 (4 signatarios; 6 Estados parte).

Fuente: A/50/640 y Corr.1, anexo.

Observaciones

41. La finalidad de la Convención es regular y facilitar la utilización de las garantías independientes y de las cartas de crédito contingente dadas por un banco u otra institución o persona a fin de pagar al beneficiario una cantidad determinada o

determinable a petición del interesado y adjuntando o no otros documentos.

42. La Convención contiene una serie de disposiciones relativas a las comunicaciones entre las partes interesadas. Las disposiciones pertinentes entran en general en las mismas categorías que se han descrito más arriba en relación con las disposiciones de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (véanse los párrafos 7 a 19).

43. Examinando las disposiciones pertinentes se llega a la conclusión de que la Convención ya prevé la utilización de comunicaciones electrónicas, como se señala en el estudio del CEFACT (véase TRADE/CEFACT/1999/CRP.7, párr. 2.22.3).

44. En efecto, en el apartado g) del artículo 6 se define "documento" como la comunicación hecha "en una forma por la que se deje constancia completa de su contenido", con lo cual se pretende abarcar el mensaje electrónico. Además, el párrafo 2 del artículo 7 dispone que se puede emitir una "promesa" en el sentido de la Convención, que incluye una garantía o crédito, "en cualquier forma por la que se deje constancia del texto de la promesa y que permita autenticar su origen por un medio generalmente aceptado o un procedimiento convenido al efecto por el garante/emisor y el beneficiario".

45. Asimismo, el párrafo 2 del artículo 11 de la Convención se refiere expresamente a la posibilidad de que se emita una promesa "en forma que no sea sobre papel" y reconoce el derecho de las partes a convenir, en tal caso, "algún trámite funcionalmente equivalente" a la devolución del documento.

Conclusiones

46. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que la Convención no impone obstáculos a la utilización de medios electrónicos de comunicación como opción distinta a la emisión y al intercambio de documentos sobre papel, y que, por consiguiente, no es preciso adoptar medidas particulares con respecto a la Convención.

II. Transporte y comunicaciones

A. Cuestiones aduaneras

Nota de antecedentes generales

47. En el contexto de su análisis de los posibles obstáculos para el comercio electrónico que puedan derivarse de las convenciones relativas a cuestiones aduaneras, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las organizaciones internacionales y las autoridades aduaneras nacionales llevan años preparando sistemas electrónicos para la tramitación de documentación e información aduanera.

48. Hace ya dos decenios, el Consejo de Cooperación Aduanera (conocido como Organización Mundial de Aduanas) aprobó una recomendación relativa a la transmisión y autenticación de información aduanera procesada por ordenador, de fecha 16 de junio de 1981, en la que se invitaba a las autoridades aduaneras a adoptar medidas para permitir la utilización de comunicaciones electrónicas (véase www.wcoomd.org/ie/En/Recommendations/authen_rece.htm). En particular, la Organización Mundial de Aduanas recomendó lo siguiente:

a) Permitir, conforme a las condiciones establecidas por las autoridades aduaneras, que las declaraciones se hagan mediante diversos medios electrónicos (redes de valor añadido, correos, telégrafos y teléfonos nacionales, discos, cintas, etc.) a efectos de transmitir a las autoridades aduaneras información aduanera reglamentaria para su tramitación automática y recibir de los servicios de aduanas una respuesta automática al respecto;

b) Aceptar, conforme a las condiciones fijadas por las autoridades aduaneras, información aduanera reglamentaria transmitida por declarantes u otras entidades gubernamentales por medios electrónicos y validada y autenticada mediante tecnología de seguridad sin necesidad de presentar documentación sobre papel con una firma manuscrita;

c) Aceptar, cuando no se reconozca legalmente la transmisión de información aduanera reglamentaria por vía electrónica, que los servicios de aduanas autoricen a los declarantes, en condiciones que establezcan los servicios de

aduanas u otras autoridades competentes, a presentar información aduanera reglamentaria sobre papel;

d) Aceptar, cuando se utilicen medios seguros de intercambio electrónico de datos y técnicas de procesamiento automatizado aunque por requisito legal deba presentarse documentación sobre papel con firmas manuscritas, la presentación periódica de documentación sobre papel o su almacenamiento en los locales del declarante, conforme a las condiciones establecidas por la administración aduanera.

49. En 1990, la Organización Mundial de Aduanas recomendó que los miembros de la Organización y todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de sus organismos especializados y de las uniones aduaneras o económicas aplicaran el reglamento EDIFACT de las Naciones Unidas para la preparación de mensajes electrónicos a intercambiar entre administraciones aduaneras, y que otros usuarios comerciales hicieran uso del reglamento EDIFACT de las Naciones Unidas (véase la recomendación del Consejo de Cooperación Aduanera sobre la utilización del reglamento EDIFACT de las Naciones Unidas para el intercambio electrónico de datos, de 26 de junio de 1990, que puede consultarse en la dirección de Internet www.wcoomd.org/ie/En/Recommendations/Recom2.html).

50. Una notable y práctica iniciativa internacional es el Sistema Aduanero Automatizado (ASYCUDA), un sistema informatizado de gestión aduanera elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo que abarca la mayoría de los procedimientos de comercio externo (véase www.asycuda.org). El Sistema regula los manifiestos y las declaraciones aduaneras, los procedimientos contables y los procedimientos de tránsito y suspensión. El ASYCUDA genera datos comerciales que pueden utilizarse para el análisis de estadísticas económicas y tiene en cuenta los códigos y normas internacionales preparados por la Organización Internacional de Normalización, la Organización Mundial de Aduanas y las Naciones Unidas. El ASYCUDA puede adaptarse a las características nacionales de los regímenes aduaneros concretos, los aranceles y la legislación aduanera. El ASYCUDA facilita el intercambio electrónico de datos entre comerciantes y autoridades aduaneras utilizando el reglamento EDIFACT. El ASYCUDA se ha instalado o se está instalando en unos 60 países y se espera que el número de países usuarios llegue a 100, con lo cual pasará a ser *de facto* un sistema aduanero de ámbito mundial.

51. A nivel nacional, el estudio realizado por la Organización Mundial de Aduanas indica que la automatización de algunos de los procedimientos aduaneros ha fomentado, en muchos países, la mayoría de las iniciativas de modernización de los procedimientos aduaneros (véase www.wcoomd.org/hrds/surve_e.htm#INTRODUCTION).

5. Convenio internacional para facilitar la importación de muestras comerciales y material de propaganda (Ginebra, 7 de noviembre de 1952)

Situación: entró en vigor el 20 de noviembre de 1955 (6 signatarios; 63 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 221, Nº 3010, pág. 255.

Observaciones

52. La finalidad del Convenio es promover el comercio internacional mediante la exención de derechos de importación, derechos de aduana y todos los demás derechos e impuestos que se perciben por la importación de muestras comerciales y material de propaganda de valor despreciable, o en conexión con ella.

53. El Convenio prescribe que las partes contratantes eximan de impuestos a la importación a catálogos, listas de precios y avisos comerciales relacionados con bienes ofrecidos en venta o alquiler, o con servicios de transporte o de seguros comerciales ofrecidos por una persona establecida en el territorio de otra parte contratante, cuando esos documentos se importen desde el territorio de cualquier parte contratante.

54. Las referencias que se hacen en el artículo IV del Convenio al número de “documentos o ejemplares”, o a los “envíos”, incluido su “peso bruto” máximo, indican a las claras que el Convenio

se aplica principalmente a materiales impresos en un medio tangible. Sin duda, podría interpretarse que el Convenio se aplica a la importación de muestras y material de propaganda que estén almacenados en forma electrónica en un medio tangible (como un disquete o un CD-ROM). En cambio, parece dudoso que el Convenio se pueda aplicar a los "equivalentes electrónicos" más corrientes de la importación de material de propaganda, como la divulgación internacional por Internet de material de propaganda o catálogos de productos, ya que la mayor parte de las veces el acto de colocar esa información en un sitio web podría tener lugar enteramente en una sola jurisdicción, sin ninguna comunicación transfronteriza de datos.

Conclusiones

55. Las disposiciones del Convenio pertenecen al ámbito de la política comercial. Están dirigidas a los Estados y no establecen normas que se refieran directamente a las transacciones de derecho privado. En consecuencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que sería más apropiado que los nuevos estudios sobre cuestiones relativas al comercio electrónico en el ámbito del Convenio corrieran a cargo de otras organizaciones internacionales, como la Organización Internacional del Comercio o la Organización Mundial de Aduanas. El Grupo de Trabajo tal vez desee, además, pedir a la Secretaría que siga de cerca toda labor que emprendan esas organizaciones y que informe sobre su desarrollo en una etapa ulterior.

9. Convenio Aduanero sobre Contenedores (Ginebra, 18 de mayo de 1956)

Situación: entró en vigor el 4 de agosto de 1959 (12 signatarios; 43 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 338, Nº 4834, pág. 103.

Observaciones

56. La finalidad del Convenio es desarrollar y facilitar la utilización de contenedores en el comercio internacional. El Convenio ha expirado y ha sido reemplazado, en las relaciones entre sus Partes, por el Convenio Aduanero sobre Contenedores de 1972 (véase *infra*). Sin embargo, como varias partes contratantes del Convenio de 1956 aún no han ratificado el Convenio de 1972 o no se han adherido a él, el Convenio de 1956 permanece en vigor. En su examen del Convenio de 1956, la Secretaría no ha encontrado ninguna disposición que pudiera guardar relación directa con el comercio electrónico.

15. Convenio Aduanero sobre Contenedores, 1972 (Ginebra, 1º de diciembre de 1972)

Situación: entró en vigor el 6 de diciembre de 1975 (15 signatarios; 29 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 988, Nº 14449, pág. 43.

Observaciones

57. La finalidad del Convenio es conceder la admisión temporal a los contenedores, cargados o no de mercancías, que deben ser reexportados en un lapso de tres meses, para facilitar los transportes internacionales mediante contenedores.

58. El Convenio contiene unas pocas disposiciones concernientes a la documentación que los importadores o los exportadores de contenedores deben presentar a las autoridades aduaneras o sobre los registros que deben llevar.

59. En el artículo 8, por ejemplo, se prevé que las partes contratantes, en ciertas circunstancias, podrán "exigir la constitución de alguna forma de garantía y/o la presentación de documentos aduaneros para la importación y reexportación del contenedor". Asimismo, en el párrafo 1 del anexo 2 se prescribe que, para controlar los desplazamientos de los contenedores admitidos temporalmente, las partes contratantes utilicen "los documentos en los que efectúen el registro de dichos desplazamientos los propietarios u operadores o sus representantes". En el apartado b) del párrafo 2 del anexo 2 se prevé, además, que el operador de un contenedor "se comprometerá por escrito", entre otras cosas, a facilitar a las autoridades aduaneras competentes cierta clase de información. Como el Convenio no

contiene definiciones de términos como "documento", "comprometerse" o "por escrito", se pueden plantear interrogantes en cuanto a si esas prescripciones podrían cumplirse mediante la presentación de información en forma de mensajes de datos.

Conclusiones

60. Las disposiciones del Convenio pertenecen al ámbito de la política comercial. Están dirigidas a los Estados y no establecen normas que se refieran directamente a las transacciones de derecho privado. Además, la medida en que las comunicaciones electrónicas puedan sustituir a los documentos en papel para los fines del Convenio depende en gran parte de la capacidad y la disposición de la administración pública de las partes contratantes del Convenio para tramitar esos documentos en forma electrónica.

61. En consecuencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que sería más apropiado que los nuevos estudios sobre cuestiones relativas al comercio electrónico en el ámbito del Convenio corrieran a cargo de otras organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio o la Organización Mundial de Aduanas. El Grupo de Trabajo tal vez desee, además, pedir a la Secretaría que siga de cerca toda labor que emprendan esas organizaciones y que informe sobre su desarrollo en una etapa ulterior.

13. Convenio Aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (Ginebra, 15 de enero de 1959)

Situación: entró en vigor el 7 de enero de 1960 (9 signatarios; 37 Estados parte)

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 348, Nº 4996, pág. 13, vol. 481, pág. 598.

Observaciones

62. La finalidad del Convenio TIR es reglamentar el transporte internacional de mercancías sin ruptura de carga a través de una o más fronteras entre una oficina de aduanas de partida de una parte contratante y una oficina de aduana de destino de otra parte contratante.

63. El Convenio ha expirado y ha sido reemplazado, en las relaciones entre sus Partes, por el Convenio TIR de 1975 (véase *infra*). Como todas las partes contratantes del Convenio menos una han ratificado el nuevo Convenio TIR o se han adherido a él, las observaciones de la Secretaría se limitan al Convenio TIR de 1975.

16. Convenio Aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (Ginebra, 14 de noviembre de 1975)

Situación: entró en vigor el 20 de marzo de 1978 (16 signatarios; 64 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1079, Nº 16510, pág. 89.

Observaciones

64. La finalidad del Convenio TIR es facilitar el transporte internacional de mercancías por vehículos carreteros simplificando y armonizando los trámites administrativos en materia de transporte internacional, en particular en las fronteras.

65. Según el *Manual TIR*, una publicación de la secretaría de la Comisión Económica para Europa (CEPE), que administra el Convenio TIR, los principios y las características fundamentales del sistema de tránsito establecido por el Convenio TIR son los siguientes: a) las mercancías deben transportarse en vehículos o contenedores que ofrezcan garantía total para la seguridad aduanera; b) los derechos e impuestos en cuestión deben garantizarse a lo largo de toda la duración del transporte, merced a una garantía reconocida internacionalmente; c) las mercancías deben ir acompañadas de un documento ("cuaderno TIR") aceptado internacionalmente y utilizado en el país de partida que debe servir de documento de control aduanero en el país de expedición, de tránsito y de destino; d) las medidas de control aduanero tomadas en el país de partida deben aceptarse por los países

de tránsito y de destino; y e) el acceso al sistema TIR, tanto de las asociaciones nacionales expedidoras de los cuadernos TIR como de las personas físicas y jurídicas utilizadoras de los cuadernos TIR, debe ser autorizado por las autoridades nacionales competentes (véase www.unece.org/trans/new_tir/handbook/english/intro.htm).

66. Como se señaló en el estudio del CEFACT, el Convenio TIR gira fundamentalmente en torno a la cuestión y la utilización de un documento en papel, el cuaderno TIR. Además, no sólo el Convenio no prevé el intercambio electrónico de datos sino que el cuaderno actual no se ajusta al sistema de las Naciones Unidas (TRADE/CEFACT/1999/CRP.7, párr. 2.23.3). Otra dificultad para reemplazar el sistema TIR por comunicaciones electrónicas tiene que ver con la función misma del cuaderno TIR, aceptado por las autoridades aduaneras nacionales como prueba de la existencia de una garantía internacional que cubre los derechos e impuestos de importación respecto de las mercancías transportadas con arreglo al sistema TIR.

67. Además, el cuaderno TIR cumple otras funciones probatorias, como las estipuladas en diversas disposiciones del Convenio que exigen que las autoridades aduaneras de los Estados contratantes registren cierta información en los comprobantes del cuaderno TIR utilizados en su país, en las matrices correspondientes, y en los comprobantes que quedan en el cuaderno TIR, como los detalles de los precintos fijados y de los controles de la carga de un vehículo carretero, una combinación de vehículos o un contenedor que se hayan efectuado en el curso de un viaje o en una oficina de aduanas durante el trayecto (véanse los artículos 24, 34 y 35).

68. Según la información publicada por la Unión Internacional de Transportes por Carretera, hace cuatro decenios que el sistema TIR funciona sin tropiezos, desde que comenzó a aplicarse el Convenio TIR (véase www.iru.org/TIR/TirSystem.E.htm). A principios del decenio de 1990, empero, debido al aumento del volumen del comercio y del número de transportistas por carretera que operaban en el régimen TIR, también creció el número de infracciones del procedimiento TIR. Fue necesario encontrar un nuevo medio de controlar el sistema. En consecuencia, el Comité Administrativo del Convenio TIR aprobó el 20 de octubre de 1995 una recomendación en la que se prevé la confirmación electrónica del cumplimiento de una operación TIR, además del sistema vigente basado en documentos impresos. El objetivo del sistema SafeTIR es que las aduanas y la asociación expedidora del cuaderno TIR tengan confirmación directa por las autoridades aduaneras competentes del cumplimiento final o parcial de las operaciones previstas en el cuaderno TIR, principalmente para poder comparar esa confirmación con lo consignado en el documento impreso. La confirmación debe llegar a la asociación expedidora en el plazo de una semana.

69. Están en curso nuevas medidas para adaptar el sistema TIR a los medios de comunicación electrónicos. En su 99º período de sesiones, celebrado en Ginebra del 23 al 26 de octubre de 2001, el Grupo de Trabajo de la CEPE sobre cuestiones aduaneras que afectan al transporte decidió establecer un grupo especial de expertos sobre los aspectos conceptuales y técnicos de la informatización del Convenio TIR y un grupo especial de expertos sobre los aspectos jurídicos de la informatización del Convenio TIR.

70. El primer período de sesiones del Grupo especial de expertos sobre los aspectos conceptuales y técnicos de la informatización del Convenio TIR se celebró en Ginebra los días 24 y 25 de enero de 2002. En esa reunión, el Grupo especial de expertos oficioso comenzó a examinar los aspectos conceptuales y técnicos de la informatización de los procedimientos TIR, en particular las consecuencias financieras y administrativas de su aplicación, tanto en el plano nacional como en el internacional. Se prevé que la labor del Grupo especial de expertos conduzca a la preparación de un proyecto de conjunto de mensajes electrónicos que posibilite un intercambio de datos electrónicos, en el plano nacional, entre las partes contratantes y con las organizaciones internacionales.

71. El informe de la reunión del Grupo especial de expertos no se había publicado aún cuando se preparaba la presente nota, pero en última instancia podrá consultarse en el sitio de la División de Transporte de la CEPE en la web (www.unece.org/trans/new_tir/home.html).

Conclusiones

72. Habida cuenta del particular carácter del régimen establecido por el Convenio TIR, que exige la expedición de documentos originales que puedan ser leídos y tramitados por las autoridades aduaneras y otras autoridades de las distintas partes contratantes, el Grupo de Trabajo tal vez desee pedir a la Secretaría que siga observando de cerca los trabajos que se están realizando bajo los auspicios de la CEPE y que informe sobre su marcha en una etapa ulterior.

14. Convención Europea sobre el régimen aduanero de los bastidores de carga utilizados en el transporte internacional (Ginebra, 9 de diciembre de 1960)

Situación: entró en vigor el 12 de junio de 1962 (8 signatarios; 28 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 429, Nº 6200, pág. 211.

Observaciones

73. La finalidad de la Convención es facilitar el transporte internacional por contenedores, otorgando la admisión exenta de derechos e impuestos de importación y libre de prohibiciones o restricciones a la importación, a los bastidores de carga, en ciertas condiciones, para alentar el uso de bastidores de carga en el transporte internacional y reducir su costo. En su examen de la Convención, la Secretaría no ha encontrado ninguna disposición que pudiera guardar relación directa con el comercio electrónico.

17. Convenio Internacional sobre la armonización de los controles de mercancías en las fronteras (Ginebra, 21 de octubre de 1982)

Situación: entró en vigor el 15 de octubre de 1985 (13 signatarios; 41 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1409, Nº 23538, pág. 3.

Observaciones

74. La finalidad del Convenio es facilitar la circulación internacional de mercancías que atraviesen una o más fronteras marítimas, aéreas o terrestres, reduciendo formalidades requeridas así como el número y la duración de los controles.

75. Como se señaló en el estudio del CEFACT, el Convenio mismo no es óbice para la utilización de comunicaciones electrónicas (TRADE/CEFACT/1999/CRP.7, párr. 2.24.3). En el párrafo 1 del artículo 9 del Convenio se promueve la utilización de documentos ajustados al modelo del formulario de las Naciones Unidas. En el párrafo 2 del mismo artículo se prevé que las partes contratantes aceptarán los documentos confeccionados por cualquier procedimiento técnico apropiado, a condición de que se ajusten a las disposiciones oficiales relativas a su forma, autenticidad y certificación y de que sean legibles y comprensibles.

76. Sin embargo, cabe señalar que el Convenio no invalida las prescripciones vigentes en materia de formularios previstas en la legislación nacional o los acuerdos internacionales celebrados por los Estados contratantes. Así pues, si una ley exige documentos impresos, esa disposición seguirá siendo aplicable a pesar de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio.

Conclusiones

77. Las disposiciones del Convenio pertenecen al ámbito de la política comercial. Están dirigidas a los Estados y no establecen normas que se refieran directamente a las transacciones de derecho privado. Además, la medida en que las comunicaciones electrónicas puedan sustituir a los documentos en papel para los fines del Convenio depende en gran parte de la capacidad y la disposición de la administración pública de las partes contratantes del Convenio para tramitar esos documentos en forma electrónica.

78. En consecuencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que sería más apropiado que los nuevos estudios sobre cuestiones relativas al comercio electrónico en el ámbito del Convenio corrieran a cargo de otras organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio o la Organización Mundial de Aduanas. El

Grupo de Trabajo tal vez desee, además, pedir a la Secretaría que siga de cerca toda labor que emprendan esas organizaciones y que informe sobre su desarrollo en una etapa ulterior.

18. Convenio sobre el régimen aduanero aplicable a los contenedores utilizados en el transporte internacional (Ginebra, 21 de enero de 1994)

Situación: entró en vigor el 17 de enero de 1998 (7 signatarios; 11 Estados parte).

Fuente: ECE/TRANS/106.

Observaciones

79. La finalidad del Convenio es facilitar el uso común de contenedores por los miembros de un consorcio, potenciando así una utilización más eficaz de los contenedores en el transporte internacional.

80. El Convenio tiene unas pocas disposiciones que contemplan la posibilidad de acuerdo entre los miembros de un consorcio de usuarios de contenedores así como compromisos por escrito que han de asumir las Partes, que por lo general pueden dar lugar a los mismos tipos de cuestiones que los planteados por disposiciones análogas de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (véanse los párrafos 7 a 19 *supra*). Más concretamente, en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 5 se prescribe que los miembros de un consorcio, entre otras cosas, ii) lleven registros, para cada tipo de contenedor, que indiquen los desplazamientos de los contenedores así intercambiados. Cabe señalar que en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 5 se condiciona la aplicación de las facilidades previstas en el artículo 4 (importación de contenedores en régimen de franquicia arancelaria, exención de la obligación de presentar documentos de aduana) a la comunicación del acuerdo del consorcio a las autoridades aduaneras competentes y su aprobación por éstas.

Conclusiones

81. Las disposiciones del Convenio pertenecen al ámbito de la política comercial. Están dirigidas a los Estados y no establecen normas que se refieran directamente a las transacciones de derecho privado. Además, la medida en que las comunicaciones electrónicas puedan sustituir a los documentos en papel para los fines del Convenio depende en gran parte de la capacidad y la disposición de la administración pública de las partes contratantes del Convenio para tramitar esos documentos en forma electrónica.

82. En consecuencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que sería más apropiado que los nuevos estudios sobre cuestiones relativas al comercio electrónico en el ámbito del Convenio corrieran a cargo de otras organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio o la Organización Mundial de Aduanas. El Grupo de Trabajo tal vez desee, además, pedir a la Secretaría que siga de cerca toda labor que emprendan esas organizaciones y que informe sobre su desarrollo en una etapa ulterior.

B. Tráfico por carretera

1. Convención sobre la circulación vial (Ginebra, 19 de septiembre de 1949)

Situación: entró en vigor el 25 de marzo de 1952 (19 signatarios; 91 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 125, Nº 1671, pág. 3.

Observaciones

83. La finalidad de esta Convención es la de armonizar el régimen del tráfico por carretera entre los Estados contratantes, velando por su observancia a fin de facilitar dicho tráfico y de incrementar la seguridad viaria. Su régimen se ocupa esencialmente de la seguridad viaria y del control de dicho tráfico, sin ocuparse directamente de ninguna operación de derecho privado. El Grupo de Trabajo tal vez no juzgue necesaria ninguna nueva medida respecto de dicha Convención.

19. Convención sobre el Tráfico por Carretera (Viena, 8 de noviembre de 1968)

***Situación*:** entró en vigor el 21 de mayo de 1977 (36 signatarios; 59 Estados parte).

***Fuente*:** Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1042, Nº 15705, pág. 17.

Observaciones

84. Esta Convención tiene por finalidad facilitar el tráfico por carretera e incrementar la seguridad viaria mediante la adopción de un régimen uniforme al respecto. En su examen de la Convención, la Secretaría no encontró ninguna disposición que guardara relación directa con el comercio electrónico. El Grupo de Trabajo tal vez no juzgue necesaria ninguna nueva medida al respecto.

8. Acuerdo General para la reglamentación del aspecto económico del transporte internacional por carretera y a) Protocolo adicional; y b) Protocolo de firma (Ginebra, 17 de marzo de 1954)

Situación: No ha entrado aún en vigor (10 signatarios; 4 Estados parte).

Fuente: E/ECE/186 (E/ECE/TRANS/460).

Observaciones

85. El Acuerdo General tiene por finalidad favorecer el desarrollo del transporte internacional de pasajeros y mercancías por carretera mediante el establecimiento de un régimen común para el transporte internacional por carretera. Al examinar este Acuerdo, la Secretaría no encontró ninguna disposición que guardara relación directa con el comercio electrónico. El Grupo de Trabajo tal vez considere que no se requiere ninguna nueva medida al respecto.

11. Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (Ginebra, 19 de mayo de 1956) y su Protocolo (Ginebra, 5 de julio de 1978)

Situación: entró en vigor el 2 de julio de 1961 (Convenio: 9 signatarios; 44 Estados parte; Protocolo: 6 signatarios; 30 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 399, Nº 5742, pág. 189.

Observaciones

86. Este Convenio tiene por finalidad reglamentar y normalizar las condiciones generales del contrato internacional para el transporte de mercancías por carretera en supuestos en los que el lugar de carga de las mercancías en el vehículo esté ubicado en un país distinto del lugar designado para su entrega, y cuando uno de esos dos lugares esté ubicado en un Estado contratante. En su forma actual, este Convenio impone ciertos requisitos documentarios que tal vez sea difícil sustituir por comunicaciones por vía electrónica (véanse los párrafos 87 a 97) y, por esa razón, se está estudiando la posibilidad de revisarlo (véanse los párrafos 98 a 103).

a) Posibles obstáculos para el empleo de las comunicaciones electrónicas en el marco del Convenio

87. Cabe agrupar en dos categorías las disposiciones del Convenio de particular relevancia para el empleo de las comunicaciones electrónicas: a) disposiciones relativas al instrumento en donde aparece consignado el contrato de transporte (carta de porte); y b) disposiciones en la que se prevé el intercambio de avisos o declaraciones entre las partes.

i) Disposiciones relativas al instrumento del contrato de transporte (carta de porte)

88. El artículo 4 exige que el contrato de transporte sea confirmado por una carta de porte (“documento fehaciente” del mismo) aun cuando “la ausencia, irregularidad o pérdida de dicho documento no afectará ni a la existencia ni a la

validez del contrato de transporte", que seguirá estando sometido al régimen del Convenio. El Convenio no define la carta de porte pero la mención que se hace en el párrafo 1 de su artículo 5 de que se ha de emitir en "tres ejemplares originales, firmados por el remitente y el transportista" sugiere claramente que el Convenio prevé que la carta de porte sea consignada sobre papel. Ello resulta aún más evidente a la luz de la última frase del párrafo 1 del artículo 1 que dispone que "el primer ejemplar [de la carta de porte] será enviado al remitente, el segundo acompañará a la mercancía y el tercero será retenido por el transportista".

89. Como se indica en el estudio del CEFACT, pudiera haber problemas caso de no presentarse un documento y sólo podrá recurrirse a la vía electrónica para la impresión o el estampado de la firma cuando lo permita el derecho interno del país en donde se haya de presentar esa carta (art. 5, párr. 1) (TRADE/CEFACT/1999/CRP.7, párr. 2.10.3).

a. La carta de porte como documento probatorio del contrato de transporte

90. La función básica de la carta de porte es la de servir como documento probatorio que da fe de la existencia del contrato de transporte y del contenido de sus condiciones. Ciertamente, el párrafo 1 del artículo 9 dispone que "la carta de porte da fe, salvo prueba en contrario, de las condiciones de contrato y de la recepción de la mercancía por el transportista". Esta función probatoria podría ser satisfecha por un mensaje de datos, con tal de que se reconozca legalmente su equivalencia funcional con la de una carta de porte consignada sobre papel. Ahora bien, es posible que el intercambio de uno o más mensajes de datos no sea tenido por los tribunales, en países donde no existe ese reconocimiento general, como un equivalente funcional de una "carta de porte" emitida con arreglo al Convenio.

91. Las consecuencias que un dictamen de esa índole podría tener para las partes son importantes. Con arreglo al artículo 6 del Convenio deberá consignarse en la carta de porte toda declaración por la que, entre otras cosas, se remita al Convenio como instrumento aplicable, se establezca un plazo para la entrega de la mercancía o se declare el valor de la misma o algún interés especial en su entrega. La ausencia de una declaración respecto de la aplicabilidad del Convenio puede dar lugar a que el transportista se vea privado de toda limitación de su responsabilidad. La ausencia de otras cuestiones anteriormente mencionadas pudieran frustrar toda demanda que no vaya dirigida contra el transportista contratante sino contra algún subcontratista o contra algún transportista subsiguiente. Por último, los subcontratistas o "transportistas sucesivos" sólo quedarán sujetos al régimen del Convenio si han tomado del transportista anterior no sólo la mercancía sino la carta de porte consignada sobre papel con arreglo al Convenio (art. 34). El estudio del CEFACT señala que algunos tribunales pudieran interpretar en sentido muy estricto esta disposición desestimando toda demanda presentada con arreglo al Convenio contra un subcontratista que no haya recibido la entrega material de una carta de porte emitida con arreglo al Convenio (art. 34).

b. La carta de porte y el derecho a disponer de la mercancía

92. A diferencia de otros documentos de transporte tales como el conocimiento marítimo de embarque, la carta de porte no constituye un documento de titularidad sobre las mercancías en tránsito. No obstante, la posesión de una carta de porte surte importantes efectos respecto del derecho a disponer de la mercancía conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio. Por ejemplo, si el remitente goza de un derecho a disponer de la mercancía en tránsito (párr. 1), dicho derecho se extinguirá entre otros supuestos, "cuando el segundo ejemplar de la carta de porte se remite al destinatario" a partir de cuyo momento "el transportista debe someterse a las órdenes del destinatario".

93. Además, conforme al párrafo 5 del artículo 12, a fin de ejercitar ese derecho, el remitente o, si procede, el destinatario debe presentar el primer ejemplar de la carta de porte, en donde deberán figurar las nuevas instrucciones. La presentación de la carta de porte puede surtir importantes efectos sobre la responsabilidad del transportista, dado que el párrafo 7 de ese mismo artículo dispone que "el transportista que no ejecute las instrucciones que se le hayan dado en las condiciones establecidas en este artículo, o que las haya ejecutado sin haber exigido la presentación del primer ejemplar de la

carta de porte, responderá ante quien tenga derecho de los perjuicios causados por este hecho".

94. Sustituir una carta de porte consignada sobre papel por un mensaje de datos resultará normalmente más sencillo que encontrar un sustituto electrónico adecuado para un documento de titularidad. No obstante, para ofrecer un marco jurídico adecuado para esta sustitución sería preciso algo más que un mero reconocimiento de la validez de un mensaje de datos como sucedáneo de una carta de porte tradicional. Sería preciso considerar además los métodos y condiciones de autenticación requeridos para que un mensaje de datos sea un equivalente funcional del "original" de una carta de porte.

ii) Disposiciones que prevén el intercambio de avisos o de declaraciones entre las partes

95. Entre los obstáculos que tal vez dificulten el recurso a las comunicaciones electrónicas cabe citar diversas disposiciones por las que el Convenio requiere que las partes den ciertos avisos en determinados supuestos. Por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 20 permite que la persona que goce de un derecho a ser indemnizada en caso de no ser entregadas las mercancías solicite por escrito "al tiempo de recibir la indemnización por la pérdida de la mercancía, que se le avise en caso de que la mercancía reaparezca en el período de un año desde que recibió la indemnización", en cuyo caso, "deberá darse a dicha persona un comprobante por escrito de que ha formulado dicha solicitud".

96. Cabe señalar otros requisitos de la forma escrita relativos a las reservas formuladas respecto de la indemnización pagadera por demora en la entrega de las mercancías (art. 30, párr. 3); los avisos que se hayan dado de la presentación de una reclamación y sus efectos sobre el transcurso del plazo de prescripción y el aviso dado por el transportista de que rechaza la reclamación presentada (en ambos casos, art. 32, párr. 2).

97. El obstáculo que dichas disposiciones pueden constituir para el comercio electrónico es de índole básicamente idéntica al de otras disposiciones similares que figuran en la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (ver párrafos 5 a 20 *supra*).

b) Iniciativas internacionales para la revisión de este Convenio

98. El estudio del CEFACT informa de que la Unión Internacional de Transportes por Carretera ha llevado a cabo una notable y detallada labor exploratoria sobre la posibilidad de remediar algunas de las dificultades anteriormente señaladas. Esa labor incluye la preparación de un documento, fechado el 2 de febrero de 1994, sobre la transmisión electrónica de información en el contexto de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera sujeto al régimen del Convenio, y un acuerdo modelo de comunicaciones entre socios comerciales en el contexto del transporte internacional por carretera, fechado el 8 de febrero de 1994. El estudio del CEFACT resume las conclusiones de los estudios efectuados por la Unión Internacional de Transportes por Carretera en los siguientes términos: a) la Unión opina que prácticamente todos los problemas que pueda ocasionar el Convenio pueden ser resueltos por medio de alguna aclaración contractual, pero reconoce que sólo será posible recurrir al intercambio electrónico de datos cuando todas las partes en una operación de transporte por carretera estén conectadas entre sí por esa vía (lo que raras veces sucede); y b) no procede revisar ese Convenio, pero la Unión opina que no sería difícil preparar un protocolo que se ocupara únicamente del problema de la transmisión por vía electrónica de documentos comerciales.

99. Esas consideraciones parecen haber sido recogidas por el Grupo de Trabajo sobre el transporte por carretera de la CEPE. En su 92º período de sesiones, celebrado en Ginebra del 19 al 21 de octubre de 1998, se informó al Grupo de Trabajo que la secretaría de la CEPE se había puesto en contacto con el grupo de ponentes jurídicos del CEFACT, respecto de la incorporación del intercambio electrónico de datos al régimen del Convenio. El grupo de ponentes jurídicos recomendó que en vez de revisarse el Convenio se preparara un protocolo del mismo y sugirió que la Ley Modelo preparada por la CNUDMI tal vez suministrara algunos elementos requeridos para dicho protocolo. El Grupo de Trabajo convino en que la preparación de un protocolo que incorporara las técnicas del comercio electrónico al Convenio relativo al contrato de transporte internacional de

mercancías por carretera constituía una tarea compleja que debía ser analizada por expertos en el intercambio electrónico de datos y en cuestiones de transporte y de derecho privado, por lo que pidió a la Secretaría que se pusiera en contacto con el Unidroit para recabar su parecer sobre este asunto (ver TRANS/SC.1/R.363, párrs. 41 y 42).

100. Jacques Putzeys, miembro del Consejo de Administración del Unidroit, preparó subsiguientemente un memorando inicial titulado "*Consideration of the development of a Protocol to [Convention on] the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)*" que lo presentó al Grupo de Trabajo el 31 de agosto de 2000. En ese memorando, el Sr. Putzeys formuló las siguientes conclusiones provisionales (TRANS/SC.1/2000/9, págs. 7 y 8):

a) Un análisis inicial lleva a la conclusión que, de aceptarse la carta de porte "electrónica" o por intercambio electrónico de datos, nada importante se opondría a que se vincularan sus medios probatorios a los de la carta de porte consignada sobre papel, prevista en el Convenio. Esta conclusión está basada en una interpretación teleológica ("equivalencia funcional") del régimen del Convenio, que, no obstante, tal vez resulte difícilmente aceptable para la jurisprudencia de algunos países;

b) Cabría llegar a la misma conclusión respecto de otros modos de transmisión, tales como el telefax, el telegrama o el télex. El derecho interno de algunos países ha incorporado ya estos instrumentos a sus listas de elementos probatorios;

c) Por razones de seguridad jurídica convendría definir estas nuevas posibilidades probatorias en un régimen legal sustantivo uniforme;

d) Parece, de momento, estar unánimemente admitido que sólo un protocolo adicional, constituiría el instrumento adecuado para dar forma a este nuevo régimen. Todo protocolo modificativo del Convenio entrañaría serias dificultades por razón del sistema de factores de conexión utilizado por el Convenio (lugar de carga de las mercaderías y lugar señalado para su entrega). Un protocolo adicional podría mitigar el efecto de ese criterio, declarándolo, por ejemplo, inaplicable salvo que las partes en el contrato de transporte hubieran concertado entre ellas un acuerdo de comunicaciones;

e) A la luz de otras convenciones en vigor (la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de las Naciones Unidas, o el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (el Convenio de Montreal) y la Convención de Budapest relativa al contrato de transporte de mercaderías por vías de navegación interior, convendría que el nuevo protocolo se limitara a lo anteriormente indicado, por lo que bastaría con que declarara la equivalencia funcional del intercambio electrónico de datos (y posiblemente de algunos otros modos de transmisión) con la carta de porte consignada sobre papel;

f) Por si cabe deducir algo de la práctica actual, con arreglo al Convenio, de las empresas de transporte por carretera, debe señalarse que estas empresas recurren a menudo, en la práctica, al intercambio electrónico de datos. Por ello se juzga que es urgente colmar esta laguna legal.

101. El Grupo de Trabajo de la CEPE examinó ese memorando en su 94º período de sesiones, celebrado en Ginebra del 14 al 16 de noviembre de 2000. El Grupo agradeció al Sr. Putzeys la labor efectuada y le preguntó si podría preparar un proyecto de texto para el protocolo. El Sr. Putzeys se ofreció a preparar un texto de protocolo oficioso para su presentación a la Secretaría a comienzos de 2001. Advirtió que esa propuesta sólo sería oficial una vez que hubiera sido aprobada por el Consejo de Administración del Unidroit, que se reunió en septiembre de 2001, pero que podría ser examinado por el Grupo de Trabajo de la CEPE en su 95º período de sesiones, en 2001 (TRANS/SC.1/367, párrs. 51 y 52).

102. El Unidroit preparó subsiguientemente un anteproyecto de protocolo que fue sometido oficiosamente a examen del Grupo de Trabajo de la CEPE el 1º de agosto de 2001, en espera de que lo aprobara el Consejo de Administración del Unidroit. El texto de ese anteproyecto dice:

"Proyecto de protocolo para el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera

[...]

en su calidad de Estados parte en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, hecho en Ginebra el 1º de mayo de 1956,

[...]

Artículo 1. Para los fines del presente Protocolo, por 'Convenio' se entenderá el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera.

Artículo 2. Al final del artículo 5 del Convenio debe insertarse el párrafo siguiente:

'3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la carta de porte podrá ser consignada por cualquier otro medio que sirva para transmitir información, por vía electrónica o por vías de comunicación similares, que incluyen, entre otras, el telegrama, el telefax, el télex, el correo electrónico o el intercambio electrónico de datos (EDI),

- [con tal de que la información así consignada sea susceptible de consulta ulterior.]

- [El procedimiento utilizado para la inscripción o para el procesamiento de los datos transmitidos deberá ser funcionalmente equivalente al empleo para ese mismo fin del papel, particularmente en lo que respecta al valor probatorio de una carta de porte representada por datos así consignados.]

- [De utilizarse algunas de esas otras vías de comunicación, el transportista deberá, caso de solicitarlo el remitente, entregar al remitente un recibo de carga que permita identificar la remesa enviada y deberá darle acceso a toda información preservada por ese otro medio de dejar constancia.]'"

103. El Grupo de Trabajo de la CEPE examinó el proyecto de protocolo en su 95º período de sesiones, celebrado en Ginebra del 16 al 19 de noviembre de 2001. Las deliberaciones al respecto del Grupo de Trabajo pueden verse resumidas en el informe sobre la labor de ese período de sesiones (TRANS/SC.1/369, párrs. 44 y 45) (traducción oficiosa del original francés)):

"44. El Grupo de Trabajo de la CEPE agradeció al Profesor Putzeys que hubiera preparado un proyecto de protocolo para el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera con miras a autorizar el empleo del intercambio electrónico de datos (EDI) como sucedáneo de las cartas de porte consignadas sobre papel (TRANS/SC.1/2001/7). Este proyecto de texto, que ofrece tres posibles variantes a las ya incorporadas a los convenios actualmente en vigor, recibió la aprobación oficial del Consejo de Administración del Unidroit en su reunión de septiembre de 2001 (TRANS/SC.1/2001/7/Add.1).

45. Dado que el proyecto suscitó reacciones divergentes ante las cuestiones planteadas por la delegación de Alemania, el Grupo de Trabajo de la CEPE concluyó que el tema requería ulterior consideración, por lo que pidió a la Secretaría que solicitara por escrito, por medio de un cuestionario, las opiniones de las partes contratantes en el Convenio respecto de las medidas que juzgaran oportuno adoptar en lo relativo al proyecto de protocolo, particularmente en lo referente a la solución que se estimara preferible en el contexto del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Pidió asimismo a la Secretaría que preparara un resumen de las respuestas recibidas. El Profesor Putzeys se ofreció a ayudar a la Secretaría en esta tarea. En una tercera etapa, se convocará a un grupo de redacción oficioso para preparar un proyecto de protocolo que será presentado para su aprobación."

Conclusión

104. Dado que el régimen establecido por el Convenio para la documentación de transporte tal

vez requiera soluciones especiales que autoricen el empleo de mensajes de datos en el marco del transporte internacional por carretera, el Grupo de Trabajo tal vez desee pedir a la Secretaría que se mantenga al corriente de la labor emprendida en el marco de la CEPE, a fin de informar sobre el progreso de esa labor en una etapa ulterior.

12. Convenio relativo al régimen fiscal de los vehículos de carretera que realizan transportes internacionales de mercancías (Ginebra, 14 de diciembre de 1956)

Situación: entró en vigor el 29 de agosto de 1962 (5 signatarios; 19 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 436, Nº 6292, pág. 115.

Observaciones

105. La finalidad de este Convenio es exonerar de ciertos impuestos y derechos a los vehículos matriculados en el territorio de una de las partes contratantes y que hayan de ser temporalmente importados en el territorio de otra parte contratante en el curso de una operación de transporte internacional de mercancías, conforme a ciertas condiciones debidamente concertadas. Al examinar este Convenio, la Secretaría no encontró ninguna disposición que guardara relación directa con el comercio electrónico.

13. Convenio relativo al régimen fiscal de los vehículos de carretera que realizan transportes internacionales de pasajeros (Ginebra, 14 de diciembre de 1956)

Situación: entró en vigor el 29 de agosto de 1962 (6 signatarios; 18 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 436, Nº 6293, pág. 131.

Observaciones

106. Este Convenio tiene por finalidad facilitar los cobros fiscales aplicables a los vehículos por carretera que transportan pasajeros y sus equipajes entre países por remuneración en metálico o de otra índole. La Secretaría no encontró, al examinar este Convenio, ninguna disposición que guardara alguna relación directa con el comercio electrónico.

14. Acuerdo europeo sobre el transporte internacional de mercaderías peligrosas por carretera (Ginebra, 30 de septiembre de 1957) y a) Protocolo de enmienda del artículo 14, párrafo 3; y b) Protocolo de enmienda del artículo 1 a) y de los párrafos 1 y 3 del artículo 14

Situación: entró en vigor el 29 de enero de 1968 (Convención: 9 signatarios; 38 Estados parte); Protocolo a): 20 Estados parte; Protocolo b): 24 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 619, Nº 8940 pág. 77.

Observaciones

107. El Acuerdo europeo sobre el transporte internacional de mercaderías peligrosas por carretera tiene por objeto reforzar la seguridad del transporte internacional de mercaderías peligrosas por carretera, mediante el recurso a medidas reglamentarias y de índole prohibitiva. La Secretaría no encontró ninguna disposición que guardara relación directa con el comercio electrónico.

22. Acuerdo sobre el transporte internacional de productos alimenticios perecederos y sobre la utilización de equipo especial para su transporte (Ginebra, 1º de septiembre de 1970)

Situación: entró en vigor el 21 de noviembre de 1976 (7 signatarios; 38 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1028, Nº 15121, pág. 121.

Observaciones

108. Este acuerdo tiene por finalidad mejorar las condiciones de conserva y la calidad de los comestibles perecederos durante su transporte, particularmente en el comercio internacional, mediante la utilización de equipo especial de transporte y la determinación de la temperatura aplicable durante dicho transporte. Un anterior acuerdo sobre este mismo tema (el Acuerdo sobre equipo especial aplicable al transporte de comestibles perecederos y sobre el empleo de ese equipo en el transporte internacional de algunos de esos comestibles), concertado en Ginebra el 15 de enero de 1962 (E/ECE/456), no ha entrado en vigor.

109. Este Acuerdo trata de facilitar el comercio internacional de productos perecederos mediante la aplicación de prácticas comunes de inspección, ensayo y aprobación del equipo de transporte. Una vez emitido un certificado de inspección por las autoridades competentes de una parte contratante, de conformidad con las normas enunciadas en el anexo de dicho Acuerdo, la validez de ese certificado debe ser aceptada por las autoridades de toda otra parte contratante.

Conclusiones

110. Pese a su importancia para el comercio internacional, las disposiciones sustantivas de este Acuerdo son esencialmente de índole sanitaria o de salud y van dirigidas a los Estados, por lo que no figura ninguna regla directamente aplicable a las operaciones de derecho privado. Más aún, la medida en que sea posible sustituir, para los fines de este Acuerdo, los documentos consignados sobre papel por comunicaciones electrónicas dependerá de la medida en que las autoridades públicas de las partes contratantes en este Acuerdo estén dispuestas a tramitar esa documentación por vía electrónica. El Grupo de Trabajo tal vez juzgue que este Acuerdo no requiere la adopción de ninguna medida al respecto.

21. Acuerdo europeo sobre el trabajo del personal de los vehículos que se dedican al transporte internacional por carretera (Ginebra, 1º de julio de 1970)

Situación: entró en vigor el 5 de enero de 1976 (13 signatarios; 41 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, Nº 14533, pág. 143.

Observaciones

111. Este Acuerdo tiene por finalidad reforzar la seguridad del tráfico por carretera velando por que el personal que se dedica al transporte internacional por carretera observa las condiciones impuestas en lo relativo al período diario de descanso, plazo de conducción o manejo del vehículo, y libros de control de la actuación del personal. Un Acuerdo anterior concluido en Ginebra el 19 de enero de 1962, con este mismo título (E/ECE/457), no ha entrado en vigor.

Conclusiones

112. Las disposiciones de este Acuerdo se ocupan esencialmente de cuestiones sociales relacionadas con la seguridad en el trabajo y no se ocupan directamente de ninguna operación de derecho privado. Además, la medida en que los libros o expedientes que han de guardarse a tenor de este Acuerdo puedan ser llevados por medio de comunicaciones electrónicas dependerá en gran medida de la capacidad técnica y del interés de las autoridades públicas de las partes contratantes en este Acuerdo en tramitar dicha documentación por vía electrónica. El Grupo de Trabajo tal vez considere que este Acuerdo no requiere la adopción de ninguna medida al respecto.

23. Acuerdo europeo que complementa la Convención sobre la circulación vial, abierto a la firma en Viena el 8 de noviembre de 1968 (Ginebra, 1º de mayo de 1971)

Situación: entró en vigor el 7 de junio de 1979 (12 signatarios; 28 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1137, Nº 17847, pág. 369.

Observaciones

113. Este Acuerdo tiene por finalidad armonizar el régimen del tráfico por carretera en Europa, velando por su observancia a fin de facilitar el tráfico internacional por carretera y de reforzar su seguridad. En su examen de este Acuerdo la Secretaría no encontró ninguna disposición que guardara relación directa con el comercio electrónico.

26. Convención sobre el contrato de transporte internacional de pasajeros y equipaje por carretera (Ginebra, 1º de marzo de 1973) y su Protocolo

Situación: entró en vigor el 2 de abril de 1994 (2 signatarios; 6 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1774, Nº 30887, pág. 109.

Observaciones

114. Esta Convención tiene por finalidad normalizar las condiciones del contrato para el transporte internacional por carretera de pasajeros y su equipaje. Las disposiciones que pudieran suscitar dificultades en lo relativo al empleo de la vía electrónica son esencialmente las que guardan relación con los documentos de transporte.

115. La Convención contiene una serie de disposiciones relativas a documentos de transporte. Respecto del transporte de pasajeros, su artículo 5 requiere que el transportista emita un billete individual o colectivo, aun cuando su ausencia no surta efecto ni sobre la existencia ni sobre la validez del contrato de transporte. Respecto del equipaje, el artículo 8 requiere que el transportista emita un comprobante de la inscripción del equipaje. Ninguna de esas disposiciones requiere que esos documentos figuren impresos sobre papel. Ahora bien, la transferibilidad del billete de pasaje (art. 7) y la obligación de presentar el comprobante de inscripción del equipaje para la entrega del mismo (art. 10, párr. 1) parecen presuponer que esos documentos hayan sido emitidos en forma tangible.

116. Además de esas disposiciones, el párrafo 3 del artículo 22 enuncia dos requisitos de la forma escrita respecto del plazo de prescripción para las acciones disponibles con arreglo a la Convención: el curso de la prescripción se verá interrumpido por la presentación de “reclamación escrita” hasta la fecha en que el transportista rechace la reclamación por medio de una notificación escrita y devuelva todo documento que le haya sido entregado como respaldo de esa reclamación.

Conclusiones

117. En vista de la índole peculiar de las cuestiones suscitadas por los sucedáneos electrónicos de los documentos transferibles, se diría que tal vez se requiera un marco legal que permita el empleo internacional de mensajes de datos como sucedáneos de los documentos de transporte consignados sobre papel previstos en la Convención. La Secretaría sugiere que la preparación de un marco legal completo pudiera trascender del ámbito de la labor emprendida por el Grupo de Trabajo para eliminar los obstáculos que se opongan al comercio electrónico en los instrumentos internacionales actualmente en vigor relativos al comercio. La Secretaría sugiere además que sería preferible analizar las necesidades concretas, que abogan en favor de ese marco legal general, en el curso del examen por el Grupo de Trabajo de las cuestiones jurídicas relativas a la transmisión de derechos por medios electrónicos y particularmente de derechos sobre bienes corporales (véase A/CN.9/484, párrs. 87 a 93)[a].

118. En lo que respecta a los requisitos de la forma escrita impuestos en esta Convención, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinarlos en el marco de sus deliberaciones sobre la preparación de un

instrumento internacional relativo a las cuestiones que suscita la contratación por vía electrónica (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95).

C. Transporte por ferrocarril

2. Convenio internacional para facilitar el paso de fronteras a mercaderías transportadas por ferrocarril (Ginebra, 10 de enero de 1952)

Situación: entró en vigor el 1º de abril de 1953 (7 signatarios; 10 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 163, Nº 2139, pág. 27 y vol. 328, pág. 319.

Observaciones

119. Este Convenio tiene por finalidad asegurar que se lleva a cabo un examen eficiente y eficaz de las mercancías que atraviesan fronteras por ferrocarril en estaciones designadas a este fin. En su examen de este Convenio, la Secretaría no encontró ninguna disposición que guardara relación directa con el comercio electrónico.

D. Transporte por vía acuática

1. Convención sobre la limitación de la responsabilidad de los dueños de barcos para la navegación interior (Ginebra, 1º de marzo de 1973)

Situación: aún no ha entrado en vigor (Convención: 2 signatarios; 1 Estado parte; Protocolo: 1 Estado parte).

Fuente: ECE/TRANS/3.

Observaciones

120. Esta Convención tiene por finalidad facultar a los propietarios y miembros de la tripulación de embarcaciones de navegación interior para limitar su responsabilidad, ya sea por vía contractual o extracontractual, constituyendo un fondo de limitación al respecto de conformidad con lo previsto en la Convención. Al examinar esta Convención, la Secretaría no ha encontrado ninguna disposición que guarde relación directa con el comercio electrónico.

3. Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 31 de marzo de 1978)

Situación: entró en vigor el 1º de noviembre de 1992 (28 signatarios; 28 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1695, Nº 29215, pág. 3.

Observaciones

121. Este Convenio tiene por finalidad establecer un régimen uniforme de los derechos y responsabilidades del porteador y del cargador en el marco del transporte marítimo de mercancías. Cabe agrupar en tres categorías básicas las disposiciones que pueden constituir un obstáculo para el empleo de las comunicaciones electrónicas: a) disposiciones relativas al contrato de transporte; b) disposiciones que prevean expresamente el envío de avisos o comunicaciones por escrito, así como la definición de “escrito”; y c) disposiciones relativas a todo acuerdo o compromiso existente entre las partes.

a) Disposiciones relativas al contrato de transporte

122. Este Convenio rige los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de transporte. Si bien el único instrumento del contrato de transporte que se menciona expresamente en el Convenio es el conocimiento de embarque, el Convenio prevé asimismo la posibilidad de que se concierte un contrato de transporte recurriendo al empleo de un documento de transporte de índole no negociable.

i) Disposiciones relativas al conocimiento de embarque

123. El conocimiento de embarque constituye en la mayoría de los ordenamientos jurídicos un documento de titularidad. Los derechos sobre las

mercancías representadas por un documento de titularidad dependen normalmente de la posesión o tenencia efectiva de un documento original consignado sobre papel (conocimiento de embarque, recibo de almacén u otro documento de índole similar). Por ello, el régimen legal de dichos documentos presupone, por principio, que existe un título o instrumento consignado en forma documentaria tangible que puede transferirse por endoso.

124. En una nota anterior, la Secretaría analizó diversas cuestiones jurídicas que plantea el desarrollo de un equivalente electrónico de los documentos de titularidad y demás instrumentos negociables consignados sobre papel, insistiendo en la complejidad de crear un equivalente electrónico del conocimiento del embarque consignado sobre papel (A/CN.9/WG.IV/WP.90, en particular párrs. 35 a 37, 75 a 78 y 95 a 106). Tras examinar esa nota y las diversas opiniones que se expresaron al respecto, el Grupo de Trabajo convino en general que se requeriría un estudio ulterior para poder definir en términos más precisos el alcance de toda futura tarea en esta esfera. El Grupo de Trabajo convino, por ello, en recomendar a la Comisión que se pidiera a la Secretaría que estudiara más a fondo las cuestiones relativas a la transferencia de derechos, particularmente de derechos sobre bienes corporales, por medios electrónicos, así como los mecanismos requeridos para dejar constancia y dar publicidad a todo acto de transmisión o creación de un derecho de garantía real sobre dichos bienes o mercancías. En dicho estudio se examinaría hasta qué punto el recurso a la vía electrónica para la transmisión de derechos sobre mercancías podría afectar a los derechos de terceros. Debería también considerar la relación recíproca existente entre los sucedáneos electrónicos de los documentos de titularidad y la documentación financiera que se utiliza en el comercio internacional, prestando atención a la labor actualmente en curso para la sustitución de la documentación consignada sobre papel, tales como cartas de créditos y garantías bancarias, por mensajes electrónicos (A/CN.9/484, párr. 93). La Comisión hizo suyas esas recomendaciones en su 34º período de sesiones, celebrado en 2001[b].

[b] Ibíd., párrs. 292 y 293.

ii) Disposiciones relativas a otros documentos empleados para el contrato de transporte

125. A diferencia del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos (Reglas de La Haya) de 1924, que sólo son aplicables en el supuesto de que el porteador emita un conocimiento de embarque, las Reglas de Hamburgo son aplicables a los derechos y obligaciones de las partes de todo contrato de transporte con independencia de si se ha emitido o no un conocimiento de embarque. Ello resulta cada vez más importante a medida que se va recurriendo cada vez más a documentos no negociables para el transporte de mercancías, tales como la carta de porte marítimo.

126. Como se hizo notar en una nota anterior preparada por la Secretaría, existe una tendencia innegable hacia un mayor empleo de la carta de porte marítimo en lugar del conocimiento de embarque. La carta de porte marítimo es un documento no negociable que hace prueba del contrato de transporte y sirve como recibo de las mercancías al ser emitida por el porteador. No es un documento de titularidad y no puede ser utilizado para transferir la propiedad sobre las mercancías. No es necesario presentar la carta de porte marítimo para obtener la entrega de las mercancías; el porteador hace la entrega al consignatario designado que deberá únicamente probar su identidad (A/CN.9/WG.IV/WP.69, párrs. 46 a 48).

127. No existen requisitos de forma específicos para los instrumentos de contratos de transporte aparte del conocimiento de embarque. No obstante, la referencia, en el artículo 18, a la emisión de un “documento” distinto del conocimiento de embarque para que haga prueba del recibo de las mercancías que hayan de transportarse sugiere que el Convenio contempla la utilización de documentos basados en papel.

128. Dada su naturaleza no negociable, es lógico suponer que es más simple elaborar equivalentes electrónicos de las cartas de porte marítimos que alternativas electrónicas de los conocimientos de embarque basados en papel. Las cuestiones que deben examinarse a este respecto son esencialmente las mismas que las relacionadas con la sustitución de otros documentos contractuales por equivalentes electrónicos. Entre esas cuestiones figuran

principalmente las que se abordan en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, como el reconocimiento de la validez jurídica de las comunicaciones o los registros electrónicos que pretenden constituir un documento de transporte marítimo; el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas y los equivalentes electrónicos de los documentos "originales" en papel. No obstante, al igual que en el caso de las cartas de porte para el transporte por carretera (véanse los párrafos 92 a 94), un marco jurídico apropiado requeriría al parecer algo más que el simple reconocimiento de la validez de los mensajes de datos como sustitutos de las cartas de porte marítimo tradicionales. También sería necesario examinar los métodos de autenticación y las condiciones para la equivalencia funcional de los mensajes de datos y las cartas de porte marítimo "originales".

129. A ese respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la Comisión, en su 34º período de sesiones, decidió establecer un grupo de trabajo para examinar diversas cuestiones relativas al derecho marítimo[c]. Entre esas cuestiones figuran el funcionamiento de los conocimientos de embarque y las cartas de porte marítimo, la relación de esos documentos de transporte con los derechos y las obligaciones existentes entre el vendedor y el comprador de las mercancías, y la posición jurídica de las entidades que financiaban a una de las partes en el contrato de transporte. En cooperación con el *Comité Maritime International* (CMI), la Secretaría preparó un documento de trabajo en el que figuran proyectos de las posibles soluciones para un futuro instrumento legislativo, con variantes y observaciones, que incluye disposiciones relativas a los equivalentes electrónicos de los documentos de transporte basados en papel (A/CN.9/WG.III/WP.21 y Add.1). Está previsto que el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) examine ese documento de trabajo en su noveno período de sesiones, que se celebrará en Nueva York, del 15 al 26 de abril de 2002.

[c] Ibíd., párr. 345.

b) Disposiciones que contemplan expresamente notificaciones o comunicaciones escritas, incluida la definición de "por escrito"

130. Diversas disposiciones del Convenio se refieren a comunicaciones que deben realizarse "por escrito", expresión que se define en el párrafo 8 del artículo 1 indicándose que comprende "entre otras cosas, el telegrama y el télex".

131. Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 10, todo acuerdo especial en virtud del cual el porteador asuma obligaciones no impuestas por este Convenio o renuncie a derechos conferidos por el mismo "surtirá efecto respecto del porteador efectivo sólo si éste lo acepta expresamente y por escrito". En los párrafos 1 y 2 del artículo 19 se requiere que se dé "por escrito" aviso de pérdida o daño de las mercancías a más tardar el primer día laborable siguiente al de la fecha en que las mercancías hayan sido puestas en poder del consignatario dado que, de otro modo, el hecho de haberlas puesto en poder del consignatario establecerá la presunción, salvo prueba en contrario, de que el porteador ha entregado las mercancías tal como aparecen descritas en el documento de transporte. El párrafo 7 contiene una disposición similar con respecto a los avisos de pérdida o daño que puede dar el porteador o el porteador efectivo al cargador.

c) Disposiciones que se refieren a un compromiso o acuerdo existente entre las partes

132. Algunas disposiciones del Convenio se refieren a compromisos o acuerdos existentes entre las partes sin especificar la forma que deben adoptar. Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, el porteador podrá transportar mercancías sobre cubierta "sólo si ello está en conformidad con un acuerdo celebrado con el cargador o con los usos del comercio de que se trate, o si lo exigen las disposiciones legales vigentes". Conforme al párrafo 2, a falta de una declaración a tal efecto en el conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato de transporte, el porteador deberá probar que se ha celebrado un acuerdo para el transporte sobre cubierta.

Conclusiones

133. En lo que respecta a las cuestiones planteadas por los sustitutos electrónicos de los conocimientos de embarque (véanse los párrafos 120 y 121) y otros documentos de transporte (véanse los párrafos 122 a 126), la Secretaría señala que el examen de las cuestiones concretas que se plantean tal vez vaya más allá del ámbito en que el Grupo de Trabajo desarrolla sus esfuerzos por eliminar los obstáculos al comercio electrónico en los instrumentos internacionales existentes relacionados con el comercio. En la actual etapa de su labor, el Grupo de Trabajo tal vez desee solicitar que la Secretaría le informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar asimismo la posibilidad de formular observaciones sobre esa labor en el momento oportuno.

134. En cuanto a las restantes cuestiones relacionadas con el comercio electrónico que se plantean en el Convenio (véanse los párrafos 127 a 129), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de que se aborden en el contexto de sus deliberaciones sobre la elaboración de un instrumento internacional sobre determinadas cuestiones relativas a la contratación electrónica (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95).

4. Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval (Ginebra, 6 de mayo de 1993)

Situación: aún no ha entrado en vigor (11 signatarios; 5 Estados parte).

Fuente: A/CONF.162/7.

Observaciones

135. El propósito del Convenio es mejorar las condiciones de financiación de los buques y el desarrollo de las flotas mercantes nacionales y lograr la uniformidad internacional en la esfera de los privilegios marítimos y la hipoteca naval. Las disposiciones pertinentes para la utilización de comunicaciones electrónicas pueden agruparse esencialmente en dos categorías: a) disposiciones relativas a la inscripción de los privilegios marítimos y la hipoteca naval; y b) disposiciones que contemplan expresamente notificaciones o comunicaciones por escrito.

a) Disposiciones relativas a la inscripción de los privilegios marítimos y la hipoteca naval

136. El Convenio prevé que las partes contratantes establezcan un sistema de inscripción para las hipotecas y *mortgages* y los gravámenes reales inscribibles del mismo género que hayan de constituirse de conformidad con la legislación del Estado en que esté matriculado el buque. Además de disposiciones relativas a los actos relacionados con los procedimientos de inscripción, el Convenio contiene disposiciones sobre diversas cuestiones conexas, como la prelación de los privilegios marítimos, y disposiciones que rigen la emisión de diversos certificados por las autoridades competentes.

137. En una nota anterior de la Secretaría se señala que, además de cuestiones generales como las relacionadas con el cumplimiento de requisitos legales de “escritura”, “firma” y “original”, la determinación de equivalentes electrónicos de los sistemas de registro sobre papel plantea cierto número de problemas particulares. Entre ellos figuran la satisfacción de los requisitos legales de mantenimiento de constancias, la suficiencia de los métodos de certificación y autenticación y la posible necesidad de una habilitación legislativa expresa para explotar los sistemas electrónicos de registro, la imputación de la responsabilidad por los mensajes erróneos, los defectos de comunicación y los colapsos del sistema, la incorporación de condiciones y cláusulas generales y las salvaguardias de la privacidad (A/CN.9/WG.IV/WP.90, párr. 31).

138. Los posibles obstáculos jurídicos nacidos de los requisitos de ese orden en materia de mantenimiento de constancias pueden eliminarse mediante legislación que ponga en práctica los principios expuestos en los artículos 8 y 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. La incorporación de condiciones y cláusulas es objeto del artículo 5 bis de la Ley Modelo. No obstante, ésta no se ocupa de otras cuestiones específicamente pertinentes al funcionamiento de los sistemas electrónicos de registro (A/CN.9/WG.IV/WP.90, párr. 32).

b) Disposiciones que contemplan expresamente notificaciones o comunicaciones por escrito

139. En el artículo 11 del Convenio se dispone que, antes de la venta forzosa de un buque en un Estado parte, la autoridad competente de ese Estado parte velará por que sean notificadas diversas autoridades y personas. Si bien en el párrafo 3 del mismo artículo se establece que esa notificación se hará "por escrito", la misma disposición reconoce expresamente que la notificación puede practicarse "bien por correo certificado, bien por cualquier medio de comunicación electrónica u otro medio idóneo que dé lugar a un acuse de recibo".

Conclusiones

140. En vista de la índole especial de las cuestiones planteadas por los sistemas electrónicos de registro, la Secretaría señala que sería tal vez más conveniente que el Grupo de Trabajo iniciara un análisis de los requisitos concretos para el funcionamiento de los sistemas electrónicos de registro en el marco del Convenio en el curso de su examen de las cuestiones jurídicas relativas a la transferencia de derechos, en particular los derechos sobre bienes corporales, mediante medios electrónicos (véase A/CN.9/484, párrs. 87 a 93)[a].

E. Transporte multimodal

1. Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías (Ginebra, 24 de mayo de 1980)

Situación: aún no ha entrado en vigor (6 signatarios; 10 Estados parte).

Fuente: TD/MT/CONF.16.

Observaciones

141. El objetivo del Convenio es fomentar el desarrollo y la eficacia del transporte internacional de mercancías solucionando las incertidumbres jurídicas y determinando los niveles de indemnización en casos de pérdida, daño o retraso de las mercaderías en tránsito.

142. En el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio se establece que el operador de transporte multimodal deberá emitir un documento de transporte multimodal que, a elección del expedidor, será negociable o no negociable. En el párrafo 3 de ese artículo se dispone que la firma en el documento podrá ser manuscrita, impresa en facsímil, perforada, estampada, en símbolos "o registrada por cualquier otro medio mecánico o electrónico, si ello no es incompatible con las leyes del país en que se emita el documento de transporte multimodal". No es necesario que el documento en sí esté impreso en papel, como se establece claramente en el párrafo 4 del mismo artículo. Si el expedidor conviene en ello, podrá emitirse un documento no negociable de transporte multimodal utilizando cualquier medio mecánico "o de otra índole que deje constancia de los datos que según se indica en el artículo 8 han de figurar en el documento de transporte multimodal". En tal caso, el operador de transporte multimodal, después de tomar las mercancías bajo su custodia, entregará al expedidor "un documento legible que contenga todos los datos así registrados, y ese documento se considerará, a los efectos de las disposiciones del presente Convenio, un documento de transporte multimodal". Si bien el Convenio no proporciona una definición de "documento", del contexto del artículo 5 se desprende que es posible que la noción de "documento" sea más amplia que la definición bastante limitada de la expresión "por escrito" que figura en el párrafo 10 del artículo 1 del Convenio y que comprende, entre otras cosas, el telegrama y el télex.

143. Los requisitos de forma del documento de transporte multimodal tienen por objeto permitir la utilización de medios electrónicos de comunicación. No obstante, parece dudoso que pueda resultar suficiente armonizar esos requisitos con los métodos de comunicación modernos. Los documentos negociables de transporte plantean al parecer mutatis mutandis las mismas cuestiones que las planteadas en relación con el conocimiento de embarque marítimo, mientras que los no negociables plantean problemas similares a los que se presentan en el caso de los documentos de transporte marítimo equivalentes (véanse los párrafos 123 a 129).

144. Además de las disposiciones directamente relacionadas con los tipos de documentos de transporte regidos por el Convenio, éste contiene otras disposiciones susceptibles de crear obstáculos para la utilización de las comunicaciones

electrónicas. Esas disposiciones se relacionan esencialmente con avisos o comunicaciones por escrito (en particular avisos de pérdida o daño de las mercancías) y con un compromiso o acuerdo entre las partes. Las cuestiones de comercio electrónico planteadas por estas disposiciones son de una índole muy similar a la de las disposiciones correspondientes del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (véanse los párrafos 130 a 132).

Conclusiones

145. En lo que respecta a las cuestiones planteadas por los sustitutos electrónicos de los documentos de transporte multimodal (véanse los párrafos 142 y 143), la Secretaría señala que el examen de ese tipo de cuestiones concretas tal vez vaya más allá del ámbito en que el Grupo de Trabajo desarrolla sus esfuerzos por eliminar los obstáculos al comercio electrónico de los instrumentos internacionales existentes relacionados con el comercio. El Grupo de Trabajo tal vez desee solicitar a la Secretaría que realice consultas con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y que le informe oportunamente de la labor que pueda llegar a emprenderse en relación con los asuntos examinados más arriba.

146. En cuanto a las restantes cuestiones relativas al comercio electrónico que se plantean en el Convenio (véase el párrafo 144), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de que se aborden en el contexto de sus deliberaciones sobre la elaboración de un instrumento internacional sobre determinadas cuestiones relativas a la contratación electrónica (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95).

2. Acuerdo europeo sobre las grandes líneas internacionales de transporte combinado e instalaciones conexas y Protocolo conexo (Ginebra, 1º de febrero de 1991)

Situación: entró en vigor el 20 de octubre de 1993 (Acuerdo: 19 signatarios; 23 Estados parte; Protocolo: 15 signatarios; 7 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1746, Nº 30382, pág. 3.

Observaciones

147. El objetivo del Acuerdo europeo sobre las grandes líneas internacionales de transporte combinado e instalaciones conexas es facilitar el funcionamiento de los servicios de transporte combinado y de las infraestructuras necesarias para la prestación eficiente de esos servicios en Europa. En su examen del Acuerdo la Secretaría no encontró ninguna disposición que se refiriera directamente al comercio electrónico.

III. Arbitraje comercial

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

Situación: entró en vigor el 7 de junio de 1959 (24 signatarios; 128 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, Nº 4739, pág. 3.

Observaciones

148. El objetivo de la Convención es establecer reglas uniformes para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras que promuevan la confianza en la eficacia del proceso de arbitraje como medio de solucionar controversias a través de las fronteras entre Estados. Las disposiciones que podrían llegar a plantear problemas se inscriben esencialmente en una de las tres categorías mencionadas a continuación.

a) Disposiciones relativas a la forma escrita del acuerdo de arbitraje

149. En el párrafo 1 del artículo II se requiere que cada uno de los Estados contratantes reconozca “el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica”. La expresión “acuerdo por escrito” se define en el párrafo 2 del mismo artículo,

estableciendo que denotará "una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

150. Como se indicó en un estudio anterior de la Secretaría, se acepta generalmente que la expresión "contenidos en un canje de cartas o telegramas" que figura en el párrafo 2 del artículo II debe interpretarse en sentido lato de modo que incluya otros medios de comunicación, en particular el télex (al que podría añadirse actualmente el facsímil). La misma interpretación teleológica podría ampliarse para hacerse extensiva al Comercio Electrónico. Tal ampliación estaría también en consonancia con la decisión adoptada por la Comisión cuando aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en 1996 (véase A/CN.9/460, párr. 23). El problema se plantea cuando se combinan la cuestión de la forma y la manera en que nace el acuerdo de arbitraje (es decir, su formación), en la expresión "canje de cartas o telegramas", que se presta a una interpretación excesivamente literal en el sentido de un mutuo intercambio de escritos.

151. Con arreglo al mandato recibido de la Comisión en su 32º período de sesiones, en 1999, el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje está examinando actualmente, entre otras temas de su programa, propuestas para aclarar el significado del artículo II de la Convención. El estado actual de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se refleja en el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 33º período de sesiones (véase A/CN.9/485, párrs. 60 a 77) y en el documento de trabajo preparado para el 36º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.118).

b) Disposiciones relativas a la presentación de documentos "originales"

152. Pueden plantearse dificultades para la utilización de las comunicaciones electrónicas en vista, en particular, del requisito que figura en el párrafo 1 del artículo IV, en el que se establece que, para obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar: "a) el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad"; y "b) el original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad". En vista del creciente interés que despiertan los mecanismos de solución de controversias en línea, el apartado a) de esta disposición puede constituir una fuente de incertidumbre jurídica, especialmente en los Estados que no hayan promulgado legislación para la aplicación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en particular el artículo 8 de esta Ley, o que no hayan previsto otras disposiciones para la equivalencia funcional de los mensajes de datos y los originales basados en papel.

c) Disposiciones relativas a notificaciones o declaraciones que puedan intercambiar las partes

153. En el apartado b) del párrafo 1 del artículo V se establece que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si se prueba, entre otras cosas, "que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa".

Conclusiones

154. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de la labor que está realizando el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en relación con la forma escrita del acuerdo de arbitraje a que hace referencia el artículo II de la Convención y cuestiones conexas. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota asimismo de que esas cuestiones serán examinadas por el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 36º período de sesiones, que se celebrará en Nueva York del 4 al 8 de marzo de 2002. El Grupo de Trabajo tal vez desee solicitar también a la Secretaría que le informe acerca de los progresos de esa labor con miras a formular oportunamente observaciones al respecto.

2. Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 21 de abril de 1961)

Situación: entró en vigor el 7 de enero de 1964 (16 signatarios; 28 Estados parte).

Fuente: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 484, Nº 7041, pág. 349.

Observaciones

155. El objetivo de la Convención es promover el reconocimiento y la ejecución del proceso de arbitraje como medio de solución de controversias entre personas físicas y jurídicas en los países europeos. Si bien la Convención no requiere específicamente que un acuerdo de arbitraje conste por escrito o que una sentencia arbitral figure en un documento escrito, las cuestiones que plantea son esencialmente las relacionadas que las relacionadas con la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (véanse los párrafos 148 a 154).

Conclusiones

156. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de la labor que está realizando el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en relación con la forma escrita del acuerdo de arbitraje a que hace referencia el artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y cuestiones conexas. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota asimismo de que esas cuestiones serán examinadas por el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 36º período de sesiones, que se celebrará en Nueva York, del 4 al 8 de marzo de 2002. El Grupo de Trabajo tal vez desee solicitar también a la Secretaría que le informe acerca de los progresos de esa labor con miras a formular oportunamente observaciones al respecto.

C. Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico; contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.95)[Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-8	780
II.	Ámbito de aplicación de un instrumento internacional sobre la contratación electrónica	9-36	782
	A. Ámbito sustantivo de aplicación	10-23	782
	1. La noción de “contratación electrónica”	10-12	782
	2. Tipos de contratos que se han de regir por el instrumento	13-23	783
	B. Esfera geográfica de aplicación	24-36	786
	1. “Contratos internacionales”	25-33	786
	2. Esfera de aplicación independiente de la ubicación de las partes	34-36	788
III.	Disposiciones generales: ubicación de las partes	37-46	789
	A. Cuestiones generales relativas a la ubicación de las partes	38-40	789
	B. Consideraciones particulares sobre el comercio electrónico	41-46	790
IV.	Formación de los contratos	47-84	791
	A. Cuestiones generales	48-69	791
	1. Oferta y aceptación	49-54	792
	2. Expresión de consentimiento	55-58	793
	3. Recepción y envío	59-62	794
	4. Posibles cuestiones suplementarias	63-69	795
	B. Cuestiones especiales	70-84	797
	1. Sistemas informáticos automatizados	71-73	797
	2. Tratamiento de equivocaciones y errores	74-79	798
	3. Requisitos del sistema	80-84	799
V.	Requisitos de forma	85-91	800
	A. Requisitos de escrito y firma	88-89	801
	B. Otros requisitos	90-91	801

Página

Anexos

I. Anteproyecto de convención sobre contratos [internacionales] celebrados o probados por mensajes de datos 803

II. Exclusiones comunes de la esfera de aplicación de leyes nacionales o regionales que reconocen los efectos jurídicos de los mensajes y las firmas electrónicos 816

I. Introducción

1. En el 32º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en 1999, se hicieron varias sugerencias acerca de la labor futura en el ámbito del comercio electrónico una vez concluida la labor de la ley modelo sobre las firmas electrónicas. Se recordó que, al final del 32º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se había propuesto que el Grupo de Trabajo tal vez deseara examinar de forma preliminar la posibilidad de iniciar los preparativos de una convención internacional basada en las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico y el proyecto de ley modelo sobre las firmas electrónicas (A/CN.9/446, párr. 212)[1]. Se informó a la Comisión de que en varios países se había manifestado interés en preparar un instrumento de esa índole.

2. Se señaló a la Comisión una recomendación aprobada el 15 de marzo de 1999 por el Centro para la Facilitación de los Procedimientos y Prácticas en la Administración, el Comercio y el Transporte (CEFACT) de la Comisión Económica para Europa[2]. En ese texto se recomendaba que la CNUDMI estudiara las medidas necesarias para garantizar que toda referencia a “escritos”, “firmas” y “documentos” en los convenios, convenciones y acuerdos relativos al comercio internacional abarcara sus equivalentes electrónicos. Se expresó apoyo a la preparación de un protocolo general que enmendara los regímenes multilaterales instituidos en virtud de tratados a fin de facilitar una mayor utilización del comercio electrónico.

3. Entre otros temas que se propusieron para la labor futura figuraban los siguientes: la legislación relativa a las transacciones y los contratos electrónicos; la transferencia electrónica de derechos sobre bienes corporales; la transferencia electrónica de derechos sobre bienes inmateriales; los derechos sobre los datos electrónicos y los programas informáticos (posiblemente en colaboración con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; la formulación de normas uniformes en materia de contratación electrónica (posiblemente en colaboración con la Cámara de Comercio Internacional y el *Internet Law and Policy Forum*); el derecho y la jurisdicción aplicables (posiblemente en colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado); y los sistemas de solución de controversias por vía informática[3].

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión mantuvo un intercambio preliminar de opiniones respecto de la labor futura en el ámbito del comercio electrónico. La Comisión centró su atención en tres de los temas antes mencionados. El primero guardaba relación con la contratación electrónica considerada desde la perspectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, “la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa” o “la

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/53/17), párr. 209.

[2] El texto de la recomendación a la CNUDMI figura en el documento TRADE/CEFACT/1999/CRP.7. Su aprobación por el CEFACT consta en el informe de ese órgano sobre la labor de su 15º período de sesiones (TRADE/CEFACT/1999/19, párr. 60).

[3] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párrs. 315 a 318.

Convención”)[4]. El segundo tema era la solución de controversias por vía informática. El tercero era la desmaterialización de los documentos de titularidad, en particular en la industria del transporte.

5. La Comisión acogió favorablemente la propuesta de seguir examinando la posibilidad de emprender una futura labor sobre esos temas. Si bien no podía adoptarse una decisión con respecto al alcance de la labor futura hasta que la cuestión se hubiese debatido más ampliamente en el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), la Comisión acordó en general que, una vez que hubiese finalizado su actual tarea, a saber, la preparación de un proyecto de ley modelo sobre las firmas electrónicas, sería previsible que el Grupo de Trabajo examinara, en su primera reunión de 2001, algunos o todos los temas antes citados, así como cualquier otra cuestión, con miras a presentar propuestas concretas sobre la labor futura de la Comisión. Se convino en que la labor que habría de realizar el Grupo de Trabajo podría incluir un examen paralelo de varios temas, así como un debate preliminar del contenido de un posible régimen uniforme relativo a ciertos aspectos de las cuestiones mencionadas[5].

6. El Grupo de Trabajo examinó esas propuestas en su 38º período de sesiones, celebrado en 2001, sobre la base de un conjunto de notas relativas a una posible convención destinada a eliminar los obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico en los convenios y convenciones internacionales existentes (A/CN.9.WG.IV/WP.89); la desmaterialización de los documentos de titularidad (A/CN.9.WG.IV/WP.90); y la contratación electrónica (A/CN.9.WG.IV/WP.91).

7. El Grupo de Trabajo concluyó sus deliberaciones sobre la labor futura recomendando a la Comisión que diera prioridad al inicio de la preparación de un instrumento internacional sobre ciertas cuestiones referentes a la contratación electrónica. Al mismo tiempo, se acordó recomendar a la Comisión que se confiara a la Secretaría la preparación de los estudios necesarios sobre otros tres temas examinados por el Grupo de Trabajo, a saber: a) un estudio amplio sobre los posibles obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales, que incluyera, aunque no exclusivamente, los instrumentos ya mencionados en el estudio del CEFACT; b) un nuevo estudio sobre las cuestiones relacionadas con la transferencia de derechos, en particular de derechos sobre bienes corporales, por medios electrónicos y mecanismos para divulgar y registrar los actos de transferencia o la constitución de garantías reales sobre dichos bienes; y c) un estudio relativo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, así como del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, para ver si responden a las necesidades específicas del arbitraje por vía informática (A/CN.9/484, párrs. 94 a 127). La Comisión hizo suyas esas recomendaciones en su 34º período de sesiones, celebrado en 2001[6].

8. En la presente nota se brinda más información sobre las cuestiones de la contratación electrónica, respecto de las cuales el Grupo de Trabajo mantuvo un amplio debate en su 38º período de sesiones (A/CN.9/484, párrs. 94 a 127). En el

---

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

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 384 y 388.

[6] Ibíd, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párrs. 285 a 295.

Anexo I de la presente nota figura un anteproyecto de una convención internacional que aborda esas cuestiones. La forma de una convención refleja una hipótesis de trabajo preliminar adoptada por el Grupo de Trabajo, de la que la Comisión tomó nota en su 34º período de sesiones, celebrado en 2001[7], en el sentido de que la forma que revestiría el instrumento que habría de prepararse podía ser la de una convención específica sobre el tema que abordara con criterio amplio las cuestiones de la formación de los contratos en el comercio electrónico (A/CN.9/484, párr. 124). La forma de una convención internacional sería al parecer la más indicada para lograr el grado conveniente de certeza y previsibilidad jurídicas en el comercio electrónico internacional. Una vez que se hubiera examinado el ámbito y la orientación principal del texto uniforme, el Grupo de Trabajo estaría en mejores condiciones para adoptar una decisión definitiva sobre la forma del instrumento. En el Anexo II de la presente nota se reproducen, para información del Grupo de Trabajo, disposiciones legislativas nacionales y regionales sobre cuestiones excluidas del ámbito de la legislación sobre comercio electrónico. Al preparar la presente nota, la Secretaría celebró consultas con expertos externos y otras organizaciones interesadas en este tema, entre ellas la Cámara de Comercio Internacional y el *Internet Law and Policy Forum*. El Grupo de Trabajo tal vez desee servirse de la presente nota como base para sus deliberaciones.

II. Ámbito de aplicación de un instrumento internacional sobre la contratación electrónica

9. El ámbito de aplicación de un instrumento internacional sobre la contratación electrónica puede venir determinado por factores geográficos así como por las materias que han de abarcarse (ámbito sustantivo de aplicación). En los párrafos siguientes se abordan elementos que el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta al examinar criterios para determinar el ámbito de aplicación del nuevo instrumento.

A. Ámbito sustantivo de aplicación

1. La noción de “contratación electrónica”

10. Aunque la utiliza a menudo en sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo no ha definido la expresión “contratación electrónica”. No obstante, de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se desprende que está expresión se ha utilizado para referirse a la formación de contratos por medio de comunicaciones electrónicas, o “mensajes de datos” en el sentido del apartado a) del artículo 2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. Esta interpretación de la expresión “contratación electrónica” concuerda también con el significado que se da a la expresión en textos jurídicos. Efectivamente, la “contratación electrónica” se considera como “un método de formar contratos, y no un subconjunto basado en una materia especializada cualquiera”[8].

---

[7] Ibíd., párr. 294.

[8] Donnie L. Kidd, Jr., y William H. Daughrey, Jr., “Adapting contract law to accomodate electronic contracts”, *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 26, pág. 269, que

11. No se piensa que los "contratos electrónicos" sean "fundamentalmente diferentes de los contratos basados en papel"[9]. No obstante, en el comercio electrónico no se reproducen plenamente las modalidades de contratación utilizadas en la formación de contratos por medios más tradicionales. Así pues, si bien es cierto que un esfuerzo de armonización internacional encaminado a suprimir obstáculos jurídicos a la utilización de medios modernos de comunicación tal vez no se ocupe principalmente de cuestiones jurídicas sustantivas, tal vez resulte necesario efectuar alguna adaptación de las normas tradicionales sobre la formación de contratos con objeto de dar cabida a las necesidades del comercio electrónico. Si el Grupo de Trabajo confirma que esta interpretación de la "contratación electrónica" es correcta, el nuevo instrumento se ocuparía principalmente de cuestiones concretas de la formación de contratos planteadas por la utilización de mensajes de datos, y no de los elementos materiales de la oferta y la aceptación ni de los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en virtud del contrato. Las cuestiones de derecho sustantivo que se derivan de un contrato dado continuarían rigiéndose por el derecho aplicable. Del mismo modo, el nuevo instrumento, aunque aborde el efecto jurídico que los mensajes de datos puedan surtir a efectos de la formación del contrato, no se ocuparía por otra parte de la validez de los contratos. Asuntos como la capacidad jurídica de las partes y los requisitos para la validez de los contratos no se regirían por el nuevo instrumento.

12. Estas hipótesis han quedado recogidas en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 (en ambas variantes) y el proyecto de artículo 3 del anteproyecto de convención que figura en el Anexo I del presente documento. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si su entendimiento de la expresión "contratación electrónica" ha quedado debidamente recogido en esos proyectos de disposición.

2. Tipos de contratos que se han de regir por el instrumento

13. El Grupo de Trabajo mantuvo un debate preliminar sobre los tipos de contratos que han de regirse por el nuevo instrumento. Una de las opiniones expresadas fue que, dada la urgente necesidad de que se introduzcan normas jurídicas necesarias para aportar mayor certeza y previsibilidad al régimen internacional que rige las transacciones basadas en Internet y otras transacciones comerciales electrónicas, el Grupo de Trabajo debía centrar su atención en las cuestiones planteadas por la contratación electrónica en la esfera de la compraventa internacional de bienes corporales (A/CN.9/484, párr. 95). Ahora bien, el debate mantenido por el Grupo de Trabajo no parece indicar que el nuevo instrumento se deba ocupar exclusivamente de la formación de contratos de compraventa de bienes corporales. Efectivamente, hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo de que "tal vez convendría formular normas armonizadas que rigieran las transacciones internacionales distintas de las compraventas de bienes muebles corporales en el sentido tradicional" (A/CN.9/484, párr. 115).

14. A tenor del citado entendimiento de las conclusiones iniciales del Grupo de Trabajo, el anteproyecto de convención no se limita a los contratos de compraventa,

---

escriben además que "un contrato electrónico no es un tipo especial de contrato, sino un método de contratación. Un tipo especial de contrato se distingue por la materia del contrato y no por la manera en que éste se forma." (nota de pie de página 239).

[9] Shawn Pompian, "Is the statute of frauds ready for electronic contracting?", *Virginia Law Review*, vol. 85, pág. 1479.

sino que abarca todo contrato "celebrado o probado por medios electrónicos". Existen, no obstante, dos excepciones notables que se indican a continuación.

a) Contratos con consumidores

15. La primera limitación que se deriva de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se refiere a los contratos con consumidores. El Grupo de Trabajo era consciente de la dificultad práctica de distinguir entre ciertas transacciones con consumidores y las transacciones comerciales, pero llegó no obstante a la conclusión preliminar de que no debía centrar su atención en las cuestiones relativas a la protección del consumidor (A/CN.9/484, párr. 122). Cuando la Comisión hizo suyas las recomendaciones del Grupo de Trabajo se entendió, entre otras cosas, que el Grupo de Trabajo no centraría su labor principalmente en las transacciones con consumidores. Ese entendimiento queda recogido en el apartado a) del proyecto de artículo 2. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si, como alternativa de una exclusión total, el futuro instrumento debería seguir el ejemplo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico, que brinda al Estado promulgante la opción de excluir las transacciones con consumidores.

16. Una cuestión que tal vez merezca ser examinada más detalladamente por el Grupo de Trabajo es la relativa a la manera en que se debería formular una exclusión de las transacciones con consumidores. En el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que tal vez sería necesario replantearse la descripción de las transacciones de consumidores que figura en el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa con miras a reflejar mejor la práctica del comercio electrónico (A/CN.9/484, párr. 122). Ahora bien, como en ese momento no se propuso una alternativa de los criterios empleados en el apartado a) del artículo 2 de la Convención sobre la Compraventa, en el apartado a) del artículo 2 del anteproyecto de convención se utilizan los mismos criterios que en la Convención.

17. Otra cuestión que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar es si en determinadas circunstancias podría hacerse caso omiso del carácter de consumidor de una transacción a los efectos de aplicar el nuevo instrumento. Con arreglo al apartado a) de su artículo 2, la Convención sobre la Compraventa no se aplicará a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, "salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso". Según la doctrina jurídica, cuando el comprador no informa al vendedor de ese propósito, el que se aplique la Convención depende de la capacidad que el vendedor tuviera de reconocer ese propósito. Para poder determinar si existe esa posibilidad, deben tenerse en cuenta elementos como el número o la índole de los artículos comprados. Cabe observar, no obstante, que, como se indica en el comentario sobre el proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que fue preparado por la Secretaría (A/CONF.97/5), el apartado a) del artículo 2 de la de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se basó en la hipótesis de que las ventas al consumidor eran transacciones internacionales en

"casos relativamente escasos"[10]. Así pues, la hipótesis de fondo del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa es que los contratos con consumidores estarían cubiertos por la Convención únicamente con carácter excepcional en aquellos casos en que no fuera aparente el propósito de consumo de la transacción.

18. El anteproyecto de convención incluye una disposición del tipo del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, pero sin la frase "salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso". El motivo de una exclusión de esa índole es que en el debate preliminar del Grupo de Trabajo sobre el asunto se opinó que la expresión "debiera haber tenido conocimiento" que figura en el apartado a) del artículo 2 de la Convención quizá fuera difícil de aplicar en la práctica a las transacciones electrónicas (A/CN.9/484, párr. 120). Además, con la facilidad de acceso que brindan los sistemas abiertos de comunicaciones, como la Internet, la probabilidad de que los consumidores adquieran mercaderías de vendedores establecidos en el extranjero es mayor que en un entorno basado en el papel.

19. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si podrían resultar necesarias unas disposiciones complementarias en el anteproyecto de convención para lograr una mayor certeza acerca de si un contrato concreto quedaría incurso en su ámbito de aplicación, por ejemplo, exigiendo a las personas que ofrecen bienes o servicios a través de sistemas abiertos de comunicaciones que pongan medios para que las personas que establecen contratos con ellos declaren la finalidad del contrato.

b) Contratos relacionados con la concesión del uso limitado de derechos de propiedad intelectual

20. La segunda exclusión no guarda relación con el propósito de la transacción sino con la índole del contrato. Del debate mantenido por el Grupo de Trabajo sobre los arreglos de licencia (A/CN.9/484, párr. 116) y sobre transacciones con así llamados "bienes virtuales" (A/CN.9/484, párr. 117) se desprende que la hipótesis inicial del Grupo de Trabajo era que el nuevo instrumento no debía ocuparse de los contratos cuya finalidad principal fuera la de otorgar un derecho limitado de uso de un determinado producto, en las condiciones establecidas en el acuerdo pertinente, a lo que el Grupo de Trabajo aludió como "contratos de licencia" (A/CN.9/484).

21. Cabe observar, no obstante, que, como se desprende de las primeras deliberaciones del Grupo de Trabajo, el criterio para establecer esa limitación no sería la naturaleza de los bienes objeto de comercio (ya fueren bienes corporales o "bienes virtuales"), sino más bien la índole del contrato concluido por las partes y sus intenciones (A/CN.9/484). Con un enfoque de esa índole, los contratos por los que el comprador o "usuario" está exento de restricciones del uso del producto (tanto si es un bien corporal como un "bien virtual") se regirían normalmente por el

[10] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: documentos de la Conferencia y actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Principal* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.81.IV.3), pág. 16.

nuevo instrumento, incluso si ese producto incorpora elementos patentados u objeto de derechos de autor. Por el contrario, en el caso de los contratos en que el acuerdo permite al productor o autor del "bien (o servicio) virtual" ejercer el control del producto en toda la cadena de concesión de licencia, el contrato quedaría fuera del ámbito del anteproyecto de convención.

22. Así pues, el apartado b) del proyecto de artículo 2 excluye de la aplicación del anteproyecto de convención "los contratos relacionados con la concesión del uso limitado de derechos de propiedad intelectual". El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el proyecto de disposición refleja adecuadamente el entendimiento del Grupo de Trabajo.

c) Otras exclusiones

23. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si deben excluirse del ámbito de aplicación del nuevo instrumento otros tipos de contratos. Con miras a facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en el Anexo II se reproducen, con fines ilustrativos, disposiciones de legislación nacional o regional que excluyen ciertas cuestiones del ámbito de aplicación de la legislación promulgada para facilitar el uso del comercio electrónico o, de manera más general, para fomentar la utilización de medios electrónicos de comunicación.

B. Esfera geográfica de aplicación

24. La esfera de aplicación del nuevo instrumento podrá limitarse ya sea a los contratos internacionales o abarcar todo contrato concluido o demostrado por mensajes de datos, con independencia de la ubicación de las partes. En el primer caso, el nuevo instrumento tendría que establecer criterios para determinar cuándo es "internacional" un contrato. Además, debe elegirse si el instrumento se aplicaría a cualquier contrato internacional o solamente a los contratos que muestren vínculos con Estados contratantes del nuevo instrumento. A continuación se examinan estos enfoques alternativos.

1. "Contratos internacionales"

25. La mayoría de los instrumentos de derecho mercantil que ha preparado la Comisión se aplican únicamente a las transacciones "internacionales". Ahora bien, una excepción notable es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que no diferencia entre las transacciones nacionales e internacionales, sino que brinda al Estado promulgante la opción de limitar el ámbito de aplicación de la ley a las transacciones internacionales.

26. El carácter internacional de un contrato se puede definir de distintas maneras. Las soluciones adoptadas en la legislación tanto nacional como internacional van desde una referencia al establecimiento o residencia habitual de las partes en distintos países[11] hasta la adopción de criterios más generales como "vínculos importantes con más de un Estado" o relativos "al comercio internacional"[12].

[11] Por ejemplo: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, artículo 1, párrafo 1; la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías,

27. En el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que, en vista de las dificultades prácticas de determinar el establecimiento de las partes, a falta de una indicación clara por éstas, se deberían emplear otros criterios para determinar la esfera geográfica de aplicación del futuro instrumento, como el lugar de formación del contrato (A/CN.9/484, párrs. 110 y 111). El Grupo de Trabajo convino, no obstante, en que el lugar de concertación de un contrato, tal como se entendía tradicionalmente en el derecho internacional privado, tal vez no constituyera base suficiente para una solución práctica en un entorno electrónico (A/CN.9/484, párr. 112).

28. Efectivamente, las normas relativas a la formación de los contratos suelen distinguir entre comunicaciones “instantáneas" y “no instantáneas” de oferta y aceptación o entre comunicaciones intercambiadas entre partes presentes en el mismo lugar al mismo tiempo (*inter praesentes*) o comunicaciones intercambiadas a distancia (*inter absentes*). Típicamente, salvo que las partes establezcan comunicación “instantánea” o negocien cara a cara, el contrato se forma cuando se envía la aceptación al oferente o cuando éste la recibe. Se puede determinar con relativa facilidad el lugar de formación del contrato una vez que se conozca el lugar de envío o de recepción.

29. Sin embargo, en el comercio electrónico tal vez resulte difícil determinar el lugar en el que un mensaje se ha enviado o recibido. Los protocolos de transmisión de mensajes de datos entre distintos sistemas de información suelen registrar el momento en que un mensaje se entrega de un sistema de información a otro, o el momento en que el destinatario efectivamente lo recibe o lo lee. No obstante, los protocolos de transmisión no suelen indicar la ubicación geográfica de los sistemas de comunicación. En consecuencia, no resulta sorprendente que el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se refiera a la noción de “establecimiento” al sentar normas para determinar los lugares del envío y la recepción de mensajes de datos.

30. Habida cuenta de la dificultad práctica que reviste determinar por anticipado el lugar de la formación del contrato, no se ha utilizado este criterio para determinar la esfera de aplicación del anteproyecto de convención.

31. Entre otros conceptos que se propusieron en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo figuraban la noción del “centro de gravedad” de un contrato (A/CN.9/484, párr. 112). No obstante, un examen de determinados instrumentos internacionales muestra que las referencias al lugar que “guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento” u otras nociones parecidas son en la mayoría de los casos tan sólo medios subsidiarios para determinar el establecimiento de una parte, especialmente en el caso de una pluralidad de establecimientos[13]. Además, cabe dudar de que el “centro de gravedad” de un

---

artículo 2, apartado a); y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, artículo 1, apartado a).

[12] Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, artículo 1, primera nota de pie de página.

[13] Por ejemplo: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, apartado a) del artículo 10; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción, apartado c) del artículo 2; la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías, apartado a) del párrafo 2 del artículo 4; la Convención sobre arriendos financieros internacionales del UNIDROIT, artículo 3, párrafo 2; y Convenio del UNIDROIT sobre el Facturaje Internacional, artículo 2, párrafo 2.

contrato pueda ser evidente siempre para las partes en el momento en que se concierte el contrato.

32. Por los motivos antes citados, el párrafo 1 de la variante B del proyecto de artículo 1 se refiere a los establecimientos de las partes, ya que este criterio se ha empleado tradicionalmente en los instrumentos internacionales preparados por la Comisión y por otras organizaciones internacionales, como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)[14]. Cuando una parte tiene más de un establecimiento, el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 se refiere al lugar que guarda la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento.

33. Las observaciones precedentes conducen a una segunda cuestión relacionada con la esfera geográfica de aplicación de un nuevo instrumento, a saber, si se debería aplicar generalmente a contratos entre partes cuyos establecimientos se encuentren en distintos Estados o si debería resultar aplicable únicamente cuando ambos Estados sean también Estados partes en el instrumento. Tal requisito aparece en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, pero no en otros instrumentos de la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías[15] (véase el apartado a) del artículo 2) o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (véase el párrafo 3 del artículo 1)). En aras de velar por la aplicación más extensa posible del nuevo instrumento, la variante B del proyecto de artículo 1 no limita la esfera de aplicación a los contratos entre partes cuyos establecimientos estén en Estados contratantes.

2. Esfera de aplicación independiente de la ubicación de las partes

34. Dadas las dificultades que se plantean para determinar la ubicación de las partes, la variante A del proyecto de artículo 1 no limita la esfera de aplicación del anteproyecto de convención a los contratos “internacionales”. En virtud de esta variante, el proyecto de convención se aplicaría a todo contrato concertado o demostrado por mensajes de datos, con independencia de que las partes tengan o no su establecimiento en distintos Estados.

35. Ese enfoque tal vez tenga la ventaja práctica de obviar la necesidad de concretar el lugar en que las partes tienen sus establecimientos para poder determinar si el instrumento se aplica en cualquier caso concreto. Además, con este enfoque, las partes que concierten contratos electrónicamente en un Estado contratante podrían beneficiarse del régimen favorable del nuevo instrumento incluso si celebran transacciones puramente nacionales. Esta opción sería tal vez particularmente interesante para las partes situadas en Estados que no cuentan con legislación vigente que respalde la utilización de mensajes de datos en la formación de contratos.

36. La variante A del proyecto de artículo 1 reconoce, no obstante, que los Estados tal vez deseen conservar la dualidad de regímenes para los contratos nacionales y los internacionales. En consecuencia, el proyecto de párrafo 3 posibilita que los

---

[14] Convención sobre Arriendos del UNIDROIT, apartado 1 a) del artículo 3; Convenio del UNIDROIT sobre el Facturaje, apartado 1 a) del artículo 2.

[15] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, Nº 26119.

Estados hagan una declaración a los efectos de que aplicarán el instrumento únicamente a los contratos internacionales.

III. Disposiciones generales: ubicación de las partes

37. El anteproyecto de convención contiene una serie de disposiciones generales, como definiciones e interpretación, que son habituales en los instrumentos internacionales. De las disposiciones generales del anteproyecto de convención puede que haya que prestar particular atención a las que se ocupan de la ubicación de las partes.

A. Cuestiones generales relativas a la ubicación de las partes

38. Una de las principales preocupaciones del Grupo de Trabajo durante su primer debate de las cuestiones planteadas por la contratación electrónica fue la necesidad de potenciar la certeza y la predecibilidad jurídicas. En ese contexto, se propuso que, al considerar un nuevo instrumento internacional sobre contratación electrónica, el Grupo de Trabajo se planteara formular normas que exigieran a las partes que un contrato concluido electrónicamente indicara claramente dónde estaban ubicados sus establecimientos pertinentes (A/CN.9/484, párr. 103). Esa propuesta queda recogida en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 14. El efecto jurídico de una indicación de esa índole se enuncia en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, que establece la presunción de que el establecimiento de las partes es el que éstas hayan indicado como tal. La aplicación combinada de las dos disposiciones podría resultar ventajosa para potenciar la certeza jurídica en transacciones electrónicas al facilitar que las partes determinen, en el momento de concluir un contrato, cuestiones como la de si el contrato es internacional o no, si queda dentro del alcance del nuevo instrumento o no y, posiblemente, por qué ley se rige el contrato.

39. En su 38º período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si se debería permitir a las partes elegir libremente el régimen que gobierna sus transacciones mediante la elección del lugar en que declaran que se encuentra su establecimiento. Dicha situación se consideró indeseable, en la medida en que permitiría a las partes transformar en internacionales transacciones exclusivamente internas, únicamente con el objetivo de evitar la aplicación de la ley de un país concreto (A/CN.9/484, párr. 102). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si deben formularse disposiciones específicas para evitar las situaciones en las que la indicación del establecimiento por una parte no serviría otro propósito que el de burlar el nuevo instrumento o provocar su aplicación en casos que quedaran fuera de su ámbito (por ejemplo, en una transacción puramente interna, asumiendo que el nuevo instrumento se aplicara únicamente a contratos “internacionales”). Una posible norma a esos efectos se propone en la frase entre corchetes que figura en el párrafo 1 del artículo 7 del anteproyecto de convención.

40. Por lo que se refiere a la noción de “establecimiento” a los efectos del nuevo instrumento, el anteproyecto de convención sigue el enfoque cauteloso adoptado por el Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones, a saber, que “se debe hacer todo lo posible por evitar la creación de una situación en que se pueda considerar que una

parte tiene su establecimiento en un país cuando celebra contratos electrónicamente y en otro cuando lo hace por medios más tradicionales" (A/CN.9/484, párr. 103). Por lo tanto, ambas variantes de las definiciones propuestas de "establecimiento" (proyecto de artículo 5, apartado j), variantes A y B) se basan en el supuesto de que las personas jurídicas estarían ubicadas físicamente en un determinado lugar.

B. Consideraciones particulares sobre el comercio electrónico

41. Si las partes no han indicado claramente el establecimiento pertinente antes de concluir el contrato o en el momento de concluirlo, se plantea la cuestión de si existen circunstancias en que se puede presumir la ubicación del establecimiento.

42. Para que el nuevo instrumento aplique el significado generalmente aceptado de la noción de "establecimiento" en virtud de los instrumentos internacionales vigentes, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa[16], no deben considerarse determinantes los elementos como la ubicación del equipo y la tecnología que apoyan a un sistema de información o los lugares desde los que se puede conseguir acceso al sistema. De no ser así, el establecimiento de una persona a los efectos del instrumento podría ser diferente del establecimiento de la misma persona para otros fines. Además, la ubicación del equipo y la tecnología tal vez no sean factores adecuados, ya que no aportan una indicación suficiente acerca de las partes últimas en el contrato. Por ejemplo, puede que la computadora del proveedor de servicios de información que da acogida al sitio de Internet del vendedor concluya automáticamente con el comprador un contrato en nombre del vendedor.

43. No obstante, cabe concebir que las actividades de una persona jurídica se lleven a cabo total o predominantemente mediante la utilización de sistemas de información, sin un "establecimiento" fijo o sin ningún vínculo a una ubicación física aparte de, por ejemplo, la inscripción de su escritura de constitución en un registro determinado. En el caso de estas denominadas "empresas virtuales", tal vez no sea razonable aplicar los mismos criterios que se utilizan tradicionalmente para determinar el establecimiento de una persona. En el texto entre corchetes que figura en el párrafo 4 del proyecto de artículo 7 se reconoce esa posibilidad al disponer que, en el caso de personas jurídicas que no tengan un establecimiento, cabrá tener en cuenta la ubicación del equipo y la tecnología que apoya al sistema de información o los lugares en los que se puede acceder a ese sistema con objeto de determinar el lugar en que esa persona jurídica tiene su establecimiento.

44. En su intercambio preliminar de opiniones sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo examinó cuáles eran los elementos adecuados, en un entorno electrónico, para establecer una presunción sobre el lugar en que está ubicado el establecimiento de las partes, a falta de una indicación clara al efecto por esas partes. Una solución que se propuso al Grupo de Trabajo era la de tener en cuenta la dirección de donde se envió el mensaje electrónico. Se sugirió que, en el caso de una dirección vinculada a un nombre de dominio relacionado con un país concreto (como las direcciones que finalizan con ".at" para Austria, ".nz" para Nueva Zelandia, etc.), se podría argüir que el establecimiento debería estar ubicado en el país correspondiente.

[16] Tal y como lo ha desarrollado la doctrina jurídica, a falta de una definición de "establecimiento" en la Convención.

45. Sin embargo, se criticó dicha propuesta fundándose en que no se debe considerar automáticamente que una dirección de correo electrónico o un nombre de dominio son el equivalente funcional de la ubicación física del establecimiento de la parte. Se afirmó que era práctica común en ciertos ámbitos comerciales que las empresas ofrecieran bienes o servicios a través de varios sitios regionales en la red, cuyos nombres de dominio estaban vinculados a países en que dichas empresas no tenían un "establecimiento" en el sentido tradicional de la palabra. Además, quizá las mercaderías encargadas a través de dichos sitios de la red se entreguen desde almacenes cuyo propósito sea la distribución en una región en concreto y que físicamente estén ubicados en un Estado distinto de los vinculados a los nombres de dominio del caso. Al respecto, se señaló que el sistema de asignar nombres de dominio a los sitios de Internet no se había concebido en un principio en términos estrictamente geográficos, lo que resultaba evidente del uso de nombres de dominio y direcciones de correo electrónico en que no había indicios de vínculo a ningún país en particular, como los casos en que la dirección era un nombre de dominio superior como ".com" o ".net", por ejemplo.

46. El párrafo 5 del proyecto de artículo 7 recoge el acuerdo preliminar a que llegó el Grupo de Trabajo sobre las limitaciones de considerar los nombres de dominio y las direcciones de correo electrónico exclusivamente como factores determinantes de la internacionalidad en el entorno de Internet.

IV. Formación de los contratos

47. Las cuestiones relativas a la formación de los contratos se pueden dividir en dos amplias categorías, a saber: a) cuestiones generales de la formación de los contratos conocidas en el marco del derecho contractual; y b) cuestiones específicas de la contratación por medios electrónicos o que adquieren un carácter particularmente conspicuo por la utilización de medios modernos de comunicación. Por lo que se refiere a la primera categoría, la cuestión central es cómo pueden transponerse a un entorno electrónico nociones tradicionales como la oferta y la aceptación, el momento de realización de las comunicaciones y la recepción y el envío de la oferta y la aceptación. La segunda categoría abarca cuestiones que, si bien no son enteramente nuevas, trascienden de la simple cuestión de la equivalencia funcional. Incluyen, por ejemplo, el tratamiento jurídico de los sistemas totalmente automatizados utilizados en el comercio electrónico, así como los derechos y obligaciones suplementarios que puedan tener las partes que utilizan esos sistemas, más allá de lo que se supondría normalmente en una situación negociadora basada en papel.

A. Cuestiones generales

48. Como base inicial de trabajo, las normas sobre la formación de los contratos en el anteproyecto de convención contienen disposiciones que se ajustan a las normas sobre la formación de contratos enunciadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. La ventaja de las normas de la Convención sobre la formación consiste en que han demostrado su carácter práctico en un entorno internacional más allá de los límites del derecho de compraventa. Así lo demuestra, entre otras cosas, el hecho de que hayan sido utilizadas como modelo en

la labor del UNIDROIT que resultó en los "Principios relativos a los contratos mercantiles internacionales"[17].

1. Oferta y aceptación

49. El proyecto de artículo 8 del anteproyecto de convención contiene disposiciones cuya finalidad es permitir determinar el momento de la formación del contrato. Se fundamentan en disposiciones análogas de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Ahora bien, las disposiciones del anteproyecto de convención no se ocupan de varias cuestiones sustantivas más abordadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, como los criterios sustantivos que ha de satisfacer una declaración para que se la pueda considerar una oferta o una aceptación. El motivo de este enfoque limitado es que el anteproyecto de convención no tiene el propósito de ocuparse específicamente de los contratos de compraventa, ni se supone que ha de reproducir o duplicar todo el régimen de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa o de otros tratados internacionales que se ocupan de otros tipos de contratos. Así pues, el anteproyecto de convención contiene únicamente las normas sobre formación de contratos que puedan considerarse estrictamente necesarias para poder lograr una mayor certeza jurídica en la contratación electrónica.

50. Esas normas incluyen en primer lugar normas básicas para que las partes puedan determinar con claridad el momento en que se concluye un contrato. Figuran en el artículo 8 del anteproyecto de convención. En las consultas celebradas por la Secretaría se ha sugerido que la utilidad del futuro instrumento podría resultar limitada si no abordara, respecto de todos los contratos sujetos a su ámbito de aplicación, la cuestión del momento de la formación del contrato.

51. Otra de esas normas básicas se ocupa de la intención de las partes de quedar obligadas, lo que distingue una oferta de una invitación a hacer una oferta (véase el artículo 9 del anteproyecto de convención). El párrafo 1) del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa dispone que la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituye oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Tanto si las partes negocian por correo electrónico, intercambio electrónico de datos (EDIX) o por medios más tradicionales, la naturaleza y el efecto jurídico de sus comunicaciones quedarán establecidos por sus intenciones.

52. Donde tal vez hará falta una norma específica sobre la contratación electrónica es en relación con el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, que dispone que toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. En un entorno basado en papel, los anuncios en periódicos, radio y televisión, los catálogos, los folletos o las listas de precios se consideran por lo general invitaciones para presentar ofertas (según algunos expertos jurídicos incluso en aquellos casos en que van dirigidas a un grupo específico de clientes), ya que en esos casos se considera que falta la intención de quedar obligado. Igualmente, la

[17] Compárense los artículos 2.1 y siguientes de los Principios del UNIDROIT relativos a los contratos mercantiles internacionales.

simple exposición de mercancías en escaparates y en estanterías de autoservicio suele considerarse como una invitación a presentar ofertas.

53. La situación se complica cuando las partes ofrecen bienes o servicios a través de un sitio en la red. Gracias a la Internet se puede dirigir información específica a un número de personas prácticamente ilimitado y la tecnología actual permite que los contratos se concluyan casi instantáneamente. El Grupo de Trabajo era consciente de esta situación y adoptó el criterio de que quizá no sea fácil encuadrar a las transacciones por Internet en la distinción establecida entre lo que constituye una "oferta" y lo que se debe interpretar como una "invitación a negociar" (A/CN.9/484, párr. 125). Si se traslada a un entorno electrónico el principio del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, debe considerarse que la empresa que anuncia sus bienes o servicios en Internet o por otras redes abiertas simplemente invita a los que acceden al sitio a que hagan ofertas. Así pues, una oferta de bienes o servicios por Internet no constituiría a primera vista una oferta vinculante. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 9 del anteproyecto de convención se refleja esta norma general.

54. La dificultad que se plantea en este contexto guarda relación con la posible intención de quedar obligado por una oferta. Un posible criterio para diferenciar entre una oferta vinculante y una invitación a negociar podría basarse en la naturaleza de las aplicaciones que utilicen las partes. La doctrina jurídica sobre contratación electrónica ha propuesto que se distinga entre los sitios de la red que ofrecen bienes o servicios mediante aplicaciones interactivas y los que utilizan aplicaciones no interactivas. Si un sitio de la red únicamente ofrece información sobre una empresa y sus productos, y todo contacto con posibles clientes queda fuera del medio electrónico, la diferencia con un anuncio tradicional sería escasa. Las aplicaciones interactivas, no obstante, pueden permitir la negociación y la conclusión inmediata de un contrato (en el caso de los bienes virtuales, incluso su cumplimiento inmediato), por lo que podrían considerarse como una oferta "abierta a la aceptación mientras duren las existencias", por oposición a una "invitación a negociar"[18]. Esta propuesta queda recogida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 9 del anteproyecto de convención.

2. Expresión de consentimiento

55. Uno de los objetivos fundamentales del nuevo instrumento consistiría en reconocer claramente que las partes en un contrato podrán expresar su consentimiento por medio de comunicaciones electrónicas u otros tipos de mensajes de datos. A esos efectos, el proyecto de artículo 10 reproduce una norma que figura en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI en el sentido de que "la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos".

56. Algunas leyes nacionales basadas en la Ley Modelo, como la Ley Uniforme sobre comercio electrónico preparada por la Conferencia de Derecho Uniforme del Canadá (denominada en adelante "La Ley Uniforme sobre comercio electrónico del Canadá") contienen disposiciones más detalladas sobre la expresión del consentimiento en un entorno electrónico. El apartado b) del párrafo 1) de la

[18] Christoph Glatt, "Comparative issues in the formation of electronic contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 6, pág. 50.

sección 20 de la Ley Uniforme sobre comercio electrónico del Canadá alude expresamente a "tocar o pulsar en un icono o un lugar debidamente designado en una pantalla de computadora" como forma de manifestar el consentimiento. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si sería precisa una aclaración suplementaria de esa índole. En efecto, parecería que, en la medida en que el nuevo instrumento pueda inspirarse en el concepto de "mensaje de datos", siguiendo el ejemplo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, quizás no sea necesaria la aclaración complementaria.

57. El artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico define "mensaje de datos" como "la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax". Salvo que se dé una interpretación restrictiva a la palabra "información", el resultado de cualquiera de los actos enumerados en el apartado b) del párrafo 1) de la sección 20 de la Ley Uniforme sobre comercio electrónico del Canadá sería en la mayoría de los casos el envío de información en forma de un mensaje de datos. Por ejemplo, cuando una persona pulsa un botón marcado "estoy de acuerdo" en la pantalla de una computadora, se envía información a la otra computadora indicando que el botón pertinente fue activado en el otro extremo de la cadena de comunicación. Esa información debe considerarse como "mensaje de datos" en el sentido de esta expresión en el apartado a) del artículo 2 de la Ley Modelo.

58. Cabe también observar, que al examinar por primera vez esta cuestión, el Grupo de Trabajo opinó que se debía prestar particular atención a la expresión del consentimiento haciendo clic con el ratón. No obstante, se dijo que había que proceder con cautela en cuanto a la necesidad de mantener un enfoque tecnológicamente neutral en lo que respecta a la cuestión de la formación de los contratos en línea. Las normas que habrán de elaborarse deben ser suficientemente generales para poder superar -al menos en parte- la prueba del cambio tecnológico (A/CN.9/484, párr. 126).

3. Recepción y envío

59. En cuanto a las cuestiones relativas a la recepción y el envío en la formación de contratos, se convino en general que en todo futuro instrumento jurídico se mantuviera un cierto grado de flexibilidad a fin de respaldar el uso de técnicas de comercio electrónico, tanto cuando se tratase de un mensaje electrónico instantáneo como cuando el uso del mensaje electrónico se pareciera más al correo tradicional (A/CN.9/484, párr. 127).

60. Según la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, tanto la oferta como la aceptación (por lo menos en la mayoría de los casos) surten efecto en el momento de su "recepción", tal y como se define en el artículo 24, según el cual "a los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación [...] 'llega' al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal".

61. Por lo que se refiere a las formas tradicionales de comunicación, como las comunicaciones verbales o en papel, la disposición antes citada no parece causar

problemas. No obstante, se plantea la cuestión de si se puede aplicar el artículo 24 a formas electrónicas de comunicaciones sin crear problemas. Al parecer, se trata únicamente de una cuestión de definir la "recepción" de un mensaje electrónico. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico aborda en su artículo 15 cuestiones relacionadas con el tiempo y lugar de la recepción y el envío de un mensaje de datos. Esas disposiciones parecen ser suficientemente flexibles para prever las situaciones en que las comunicaciones electrónicas parecen ser instantáneas, así como cuando los mensajes electrónicos se parecen al correo tradicional.

62. En consecuencia, parece ser que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en particular su artículo 24, contiene normas que, al complementarlas con disposiciones similares al artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, pueden servir de modelo general también en un entorno electrónico. Así pues, el proyecto de artículo 11 del anteproyecto de convención recoge esencialmente las disposiciones del artículo 15 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la norma que se propone en ese artículo debe ser más específica para que resulte útil en la práctica de la contratación electrónica.

4. Posibles cuestiones suplementarias

63. Pese al éxito obtenido por las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa relativas a la oferta y la aceptación, que se debe al hecho de que pueden trascender de las tradicionales diferencias en los enfoques adoptados por el derecho civil y el consuetudinario, se pueden plantear preguntas acerca de si se ocupan exhaustivamente de las cuestiones relativas a la formación de los contratos y, en consecuencia, si se puede recurrir a ellas al redactar normas generales sobre la contratación electrónica. La cuestión que ha de considerar el Grupo de Trabajo es, por lo tanto, el grado en el que existen cuestiones suplementarias que han de abordarse en el nuevo instrumento.

64. Las normas enunciadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa han sido redactadas principalmente con miras a abordar los casos en que un contrato se forma mediante la oferta y la aceptación. El hecho de que esos casos no abarcan todas las maneras por las que se puede llegar a un acuerdo se pone en evidencia a la vista de la posible complejidad de transacciones que incluyen un considerable volumen de comunicación entre las partes, y que no encajan forzosamente en el análisis tradicional de la oferta y la aceptación. Según una escuela, los acuerdos establecidos sin que se discierna claramente una oferta y una aceptación no quedan dentro del ámbito de la Convención y, por lo tanto, deben abordarse recurriendo al derecho interno aplicable. Con arreglo a este enfoque, podría resultar imposible utilizar el articulado de la Convención sobre la formación del contrato de compraventa como modelo para un conjunto exhaustivo de normas sobre la formación de contratos electrónicos.

65. No obstante, según la mayoría de los comentaristas, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa abarca los acuerdos alcanzados sin recurrir al esquema tradicional de "oferta-aceptación". El hecho de que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa no se refiera expresamente a esos acuerdos no se debe a que estén excluidos del ámbito de la Convención sino a que los redactores no consideraron necesario abordarlos específicamente y tratar de resolver

las dificultades suplementarias con las que puedan haber tropezado al tratar de formular una redacción apropiada para esos tipos de acuerdos. Así pues, al igual que cualquier otra cuestión que se rige por la Convención sobre la Compraventa (aunque no quede expresamente resulte en dicho instrumento), la cuestión de si existe un acuerdo incluso sin una oferta y aceptación claras se dirimirá "de conformidad con los principios generales en los que se basa la ... Convención" en virtud del párrafo 1 del artículo 7. Entre esos principios figura el de la índole consensual del contrato así como el principio de que la existencia del contrato depende de si es posible discernir el contenido mínimo necesario para la conclusión del contrato (como los elementos que se definen en el artículo 14 de la Convención sobre la Compraventa respecto del contrato de compraventa).

66. Con independencia del enfoque que se adopte entre los dos antes citados con respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se precisan normas específicas en el contexto de la contratación electrónica para aclarar el régimen jurídico aplicable a acuerdos concertados de forma distinta de la oferta y aceptación definidas.

67. Además de las cuestiones relacionadas con la forma en que se puede expresar el consentimiento, se sugirió en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo que hay que considerar las siguientes cuestiones, entre otras: a) la aceptación y el efecto vinculante de condiciones contractuales presentadas en una pantalla de vídeo pero que una parte no preveía forzosamente; y b) la incorporación por remisión de cláusulas contractuales accesibles a través de un "enlace hipertextual" (véase una explicación de estos enlaces en el párr. 46-5 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en su forma enmendada por el artículo 5 bis).

68. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico no aborda ninguna de estas cuestiones. El artículo 5 bis de la Ley Modelo contiene una disposición general destinada a confirmar el efecto jurídico de la información incorporada por remisión. No obstante, la Ley Modelo no se ocupa detalladamente de cuestiones de derecho contractual. Además, ni la Ley Modelo ni la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa brindan expresamente una solución para el conocido problema de la "batalla de formas"[19]. La "batalla de formas" o condiciones contractuales imprevistas pueden plantear un grave problema en el contexto de las transacciones electrónicas, en particular cuando se utilizan sistemas plenamente automatizados y no se proporcionan medios para reconciliar condiciones contractuales contrapuestas.

69. No obstante, las consultas celebradas por la Secretaría han indicado que tratar de abordar cuestiones como la batalla de formas o las condiciones contractuales imprevistas podría exceder del ámbito de un nuevo instrumento y debería dejarse al derecho aplicable. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el nuevo instrumento debe incluir normas sobre esas cuestiones.

[19] Ambas cuestiones se abordan, no obstante, en los Principios del UNIDROIT relativos a los contratos mercantiles internacionales (véanse los artículos 2.1 y siguientes).

B. Cuestiones especiales

70. Entre las cuestiones especiales que plantea el comercio electrónico figuran el uso de sistemas de comunicaciones totalmente automatizados, el tratamiento de equivocaciones o errores, la información que han de facilitar las partes y los medios de obtener un registro del contrato.

1. Sistemas informáticos automatizados

71. En el comercio electrónico se utilizan de forma creciente sistemas informáticos automatizados, denominados a veces “agentes electrónicos”. Si bien es cierto que la Ley Modelo de la UNCITRAL da cabida por lo general a la utilización de sistemas totalmente automatizados, no se ocupa específicamente de esos sistemas más allá de las norma general sobre atribución que figura en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 13. Al examinar este asunto en su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que, si bien la expresión “agentes electrónicos” se había utilizado por razones de conveniencia, la analogía entre un sistema automatizado y un agente de ventas no resultaba adecuada. Así pues, no se podían utilizar los principios generales del derecho aplicable a los agentes (por ejemplo, los principios relativos a la limitación de la responsabilidad de resultas de la conducta errónea del agente) en relación con el funcionamiento de dicho sistema. El Grupo de Trabajo reiteró su entendimiento anterior de que, como principio general, la persona (ya fuere física o jurídica) en cuyo nombre estaba programada la computadora debía ser en definitiva responsable de todos los mensajes generados por la máquina (A/CN.9/484, párr. 107). Por norma general, el usuario de una herramienta es responsable de los resultados obtenidos mediante el uso de esa herramienta, ya que ésta no tiene voluntad propia. No obstante, un “agente electrónico”, por definición, es capaz, en el marco de los parámetros de su programación, de iniciar, responder o interactuar con otras partes o sus agentes electrónicos una vez que ha sido activado por una parte, sin que esa parte tenga que prestarle más atención.

72. Si bien la utilización de sistemas automatizados, por ejemplo, para expedir órdenes de compra o tramitar solicitudes de compra, parece ser compatible con la Convención de las Naciones Unidas para la Compraventa, que permite a las partes establecer sus propias normas (artículo 9), tal vez sea útil que el nuevo instrumento aclare que las acciones de sistemas automatizados programados y utilizados por personas obligarán al usuario del sistema, con independencia de si se ha producido un examen humano de una transacción concreta.

73. Una disposición de esa índole puede tener la ventaja de facilitar el desarrollo de la automatización para fines de contratación. En la actualidad, la atribución de los actos de un sistema informático automatizado a una persona física o a una persona jurídica se basa en el paradigma de que un agente electrónico es capaz de funcionar únicamente en el marco de las restricciones técnicas de su programación preestablecida. No obstante, es concebible que, al menos en teoría, se puedan crear futuras generaciones de sistemas informáticos automatizados con capacidad de actuar autónomamente, y no sólo automáticamente. Es decir, gracias a los adelantos de la inteligencia artificial, una computadora puede se capaz de “aprender de la

experiencia, modificar las instrucciones de sus propios programas e incluso inventar nuevas instrucciones[20]".

2. Tratamiento de equivocaciones y errores

74. Estrechamente vinculada a la utilización de sistemas informáticos automatizados está la cuestión del tratamiento de equivocaciones y errores en el comercio electrónico. Como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico no se ocupa de cuestiones sustantivas que se plantean en la formación de contratos, tampoco aborda las consecuencias de equivocaciones y errores en la contratación electrónica.

75. Sin embargo, la reciente legislación uniforme que incorpora la Ley Modelo al derecho interno, como la Ley Uniforme sobre comercio electrónico del Canadá y la Ley Uniforme sobre transacciones electrónicas, que fue preparada por la Conferencia Nacional de Comisarios sobre Derecho Estatal Uniforme de los Estados Unidos de América (denominada en adelante "la Ley Uniforme sobre transacciones electrónicas de los Estados Unidos") contienen disposiciones que abordan los errores cometidos por personas físicas al negociar con un sistema informático automatizado de otra persona. Las disposiciones pertinentes de la Ley Uniforme sobre comercio electrónico del Canadá (sección 22) y de la Ley Uniforme sobre transacciones electrónicas de los Estados Unidos (sección 10) enuncian las condiciones en las que una persona natural no queda obligada por un contrato en caso de que la persona cometiera un error material.

76. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si sería conveniente que el nuevo instrumento se ocupara de las equivocaciones y errores cometidos por personas físicas al negociar con sistemas informáticos automatizados. En particular, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las disposiciones de este tipo resultarían idóneas en un contexto de empresa a empresa. La justificación de disposiciones como las que figuran en la Ley Uniforme sobre comercio electrónico del Canadá y la Ley Uniforme sobre transacciones electrónicas de los Estados Unidos parece ser el riesgo relativamente más elevado de que se cometan errores humanos en transacciones en las que interviene una persona física, por una parte, y un sistema informático automatizado, por la otra, en comparación con transacciones en las que intervienen únicamente personas físicas. Los errores cometidos por la persona física en una situación de esa índole podrían resultar irreversibles una vez que se envíe la aceptación. Cabría también observar que los textos internacionales, como los Principios del UNIDROIT relativos a los contratos mercantiles internacionales, se ocupan de las consecuencias de los errores para la validez del contrato, aunque de forma restrictiva (véanse los artículos 3.5 y 3.6). No obstante, cabría sostener que una disposición de este tipo se injeriría en nociones establecidas del derecho contractual y tal vez no resultaría idónea en el contexto del nuevo instrumento. Por estos motivos, la disposición pertinente del anteproyecto de convención (párrafo 3 del artículo 12) figura entre corchetes.

77. Un enfoque ligeramente diferente podría consistir en prever únicamente que las personas que ofrecen bienes o servicios a través de sistemas informáticos automatizados tengan la obligación de brindar medios para corregir errores, sin

[20] Allen y Widdison, "Can computers make contracts?", *Harvard Journal of Law and Technology,* vol. 9, Nº 25 (Invierno, 1996).

ocuparse de las consecuencias de los errores para la validez del contrato. Esa obligación, que está recogida en el párrafo 2 del artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (denominada en adelante la "Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea"), figura también en el párrafo 2 del proyecto de artículo 12.

78. Otra cuestión que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar es si el nuevo instrumento debería ocuparse de los errores cometidos por el propio sistema automatizado. En su examen inicial de esta cuestión, el Grupo de Trabajo consideró que los errores cometidos por todo sistema de esa índole deberían ser imputables en definitiva a las personas en cuyo nombre funcionaban. Sin embargo, el Grupo de Trabajo reconoció que quizás haya circunstancias que justifiquen la mitigación de ese principio, como cuando el sistema automatizado genera mensajes erróneos de manera razonablemente imprevisible para la persona en cuyo nombre funciona el sistema. Se sugirió que entre los elementos que se deben tener en cuenta al examinar las posibles limitaciones de responsabilidad de la parte en cuyo nombre funcionaba el sistema se podría mencionar hasta qué punto la parte tenía control sobre el programa informático u otros aspectos técnicos utilizados en la programación de dicho sistema automatizado. También se sugirió que el Grupo de Trabajo examinara en ese contexto si el sistema automatizado brindaba a las partes que contrataban por conducto de ese sistema la posibilidad de rectificar los errores cometidos durante el proceso de contratación y, en caso afirmativo, en qué medida (A/CN.9/484, párrs. 107 y 108).

79. Ahora bien, en su examen de la legislación nacional y regional sobre comercio electrónico, la Secretaría no ha encontrado ningún precedente de disposiciones legislativas que se ocupen de las consecuencias de errores cometidos por el propio sistema automatizado. Así pues, en este momento, el anteproyecto de convención no incluye una disposición sobre esta cuestión. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si resultaría necesaria una disposición de esa índole.

3. Requisitos del sistema

80. Otra cuestión especial planteada por la contratación electrónica que se mencionó durante los debates en el Grupo de Trabajo guarda relación con la capacidad de la parte receptora de imprimir las condiciones generales de un contrato y los mecanismos brindados para la retención de los registros (A/CN.9/484, párr. 126).

81. Salvo por lo que se refiere a transacciones puramente orales, la mayoría de los contratos negociados por medios tradicionales resultarían en algún registro tangible de la transacción al que las partes pueden remitirse en caso de duda o controversia. En la contratación electrónica ese registro, que puede existir como mensaje de datos, se puede retener únicamente con carácter provisional o puede estar disponible únicamente para la parte a través de cuyo sistema de información se concluyó el contrato. Así pues, alguna legislación reciente sobre comercio electrónico, como la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea (párrafo 1 del artículo 10), exige que la persona que ofrece bienes o servicios mediante sistemas de información accesibles al público facilite los medios para registrar o imprimir las condiciones

contractuales. Esta obligación se combina con la obligación de esa persona de divulgar cierta información mínima al negociar de forma electrónica.

82. No existen obligaciones análogas en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y de la mayoría de los instrumentos internacionales que se ocupan de los contratos mercantiles. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, como cuestión de principio, si sería apropiado crear obligaciones específicas de las partes que efectúan negocios electrónicamente que tal vez no existan cuando establecen contratos por medios más tradicionales.

83. La justificación de crear esas obligaciones específicas parece residir en el interés de potenciar la certeza, la transparencia y la predecibilidad jurídicas en las transacciones internacionales realizadas por medios electrónicos. La utilización de la Internet en el comercio internacional se ha hecho realidad y es de prever que aumente. Ha posibilitado que partes situadas en distintos países que poseen poco, o incluso ningún conocimiento o información previos sobre la otra parte pueden concertar contratos casi instantáneamente. Así pues, tal vez no resulte irrazonable exigir que se facilite determinada información o se ofrezcan medios técnicos con objeto de disponer de términos contractuales de forma que se puedan guardar y reproducir, a falta de un acuerdo previo entre las partes, como un acuerdo de socio comercial u otro tipo de acuerdo. Este es el enfoque que se ha adoptado en alguna legislación nacional o regional reciente sobre comercio electrónico, como la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea.

84. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que se han formulado obligaciones especiales de este tipo para abordar preocupaciones de protección de los consumidores. No obstante, parece que podrían adaptarse a un contexto de empresa a empresa.

V. Requisitos de forma

85. Aunque la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa no se ocupa en general de cuestiones de validez, como se indica en el apartado a) del artículo 4, aborda expresamente la validez formal de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Efectivamente, el artículo 11 establece que "el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos". Así pues, el artículo 11 establece el principio de que la formación y la prueba de un contrato sujeto a la Convención está exento de requisitos de forma[21] y, por lo tanto, pueden concluirse oralmente, por escrito[22] o de cualquier otra forma.

86. El anteproyecto de convención se ajusta al principio general de la libertad de forma consagrado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y la amplía a todos los contratos que quedan dentro de su ámbito de aplicación. No obstante, se reconoce que pueden existir requisitos de forma en virtud del derecho aplicable, como requisitos de escrito o firma, por ejemplo, cuando un Estado parte

[21] Véase Oberster Gerichtshof, 6 de febrero de 1996, *Österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 248 (1996), caso Nº 176 de la jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI.

[22] Véase esta declaración, por ejemplo, en Oberlandesgericht München, 8 de marzo de 1995, caso Nº 134 de la jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI.

en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa ha formulado una reserva en virtud del artículo 96 de la Convención. En virtud de esa disposición, “el Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado”.

87. Pese a la amplia aceptación que ha tenido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y al creciente número de Estados que han basado su legislación de comercio electrónico en la Ley Modelo, un instrumento internacional sobre contratación electrónica no puede basarse en la hipótesis de que los principios de la Ley Modelo ya han alcanzado la aplicación universal. En consecuencia, parece necesario que el nuevo instrumento determine las condiciones en las que se puedan cumplir los requisitos de forma por métodos electrónicos equivalentes.

A. Requisitos de escrito y firma

88. El anteproyecto de convención reproduce los criterios que figuran en el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico respecto del reconocimiento jurídico de los mensajes de datos como “escritos”.

89. Por lo que se refiere a los requisitos de firma, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el nuevo instrumento debe limitarse a una disposición general sobre el reconocimiento de firmas electrónicas o si debe detallar con mayor grado de pormenores las condiciones para el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas. En el marco de la primera opción, el Grupo de Trabajo tal vez desee introducir en el nuevo instrumento una disposición similar al párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Esa opción queda recogida en la variante A del párrafo 3 del proyecto de artículo 13. Conforme a la segunda opción, el Grupo de Trabajo tal vez desee utilizar una redacción más detallada similar al párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas. Esa opción queda recogida en la variante B del párrafo 3) del proyecto de artículo 13. Cabe observar que estas opciones no se excluyen mutuamente, ya que el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico constituyó la base de las normas más detalladas del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

B. Otros requisitos

90. Los artículos 8 y 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se ocupan de otros requisitos jurídicos que podrían crear obstáculos al comercio electrónico, a saber, los requisitos relativos a la presentación de documentos “originales” o a la conservación de documentos y registros.

91. El anteproyecto de convención no contiene disposiciones que se ocupen de esas cuestiones, ya que no parecen guardar una relación inmediata en el contexto de la formación de contratos. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el nuevo instrumento debería incorporar cualquiera de esas disposiciones, o incluso otras, de la Ley Modelo.

Anexo I

Anteproyecto de convención[1] sobre contratos [internacionales] celebrados o probados por mensajes de datos

Capítulo I. Esfera de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

Variante A[2]

1. La presente Convención se aplicará a los contratos celebrados o probados por medio de mensajes de datos.

2. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

[3. Los Estados podrán declarar que aplicarán la presente Convención únicamente a los contratos celebrados entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes o [cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante o] cuando las partes hayan convenido en que se aplique.][3]

[4. Cuando un Estado formule una declaración en virtud de lo dispuesto en el párrafo 3, no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.]

---

[1] Este proyecto de instrumento ha sido preparado en forma de convención de conformidad con la hipótesis de trabajo convenida en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/484, párr. 124) y sin perjuicio de la decisión final que el Grupo de Trabajo pueda adoptar sobre la naturaleza del instrumento.

[2] La variante A se aparta de la definición tradicional del ámbito de aplicación de los instrumentos de derecho mercantil internacional, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, puesto que el párrafo 1 no limita el ámbito de la Convención a los contratos “internacionales”. El anteproyecto de convención se aplicaría siempre que el foro esté en un Estado contratante sin la necesidad de investigar más la ubicación de las partes (véase los párrs. 25 a 35 *supra*).

[3] Los proyectos de párrafos 3 y 4 figuran entre corchetes, como posibles adiciones, en caso de que los Estados deseen mantener la dualidad de sistemas para contratos nacionales e internacionales. Un enfoque de esa índole fue utilizado también en el artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

Variante B[4]

1. La presente Convención se aplicará a los contratos internacionales celebrados o probados por medio de mensajes de datos.

2. A los efectos de la presente Convención, se considerará que un contrato es internacional si en el momento de su celebración las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes.

3. La presente Convención también se aplicará [cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante o][5] cuando las partes hayan convenido en que se aplique.

[4. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.]

5. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, [no] se tendrá [tendrán] en cuenta [ni] la nacionalidad de las partes [ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato].

Artículo 2. Exclusiones

La presente Convención no se aplicará a los siguientes contratos:

a) Los contratos celebrados con finalidad personal, familiar o doméstica[6];

b) Los contratos por los que se conceda el uso limitado de derechos de propiedad intelectual[7];

c) [*Otras exclusiones, como las transacciones inmobiliarias, que ha de añadir el Grupo de Trabajo*.][8]

---

[4] La variante B recoge esencialmente el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa enunciado en su artículo 1.

[5] La frase “cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante” que figura en el párrafo 3 de la variante A y en el párrafo 3 de la variante B reproducen una norma que figura en las disposiciones sobre la esfera de aplicación de otros instrumentos de la CNUDMI. Esa frase figura entre corchetes ya que podría dar lugar a una ampliación del ámbito de aplicación del proyecto de convención más allá de lo previsto en un principio por el Grupo de Trabajo.

[6] Esta disposición se ajusta a una exclusión que figura en el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, y en la mayoría de los instrumentos preparados por la CNUDMI. Recoge el entendimiento inicial del Grupo de Trabajo de que el instrumento futuro no debía centrarse en las transacciones con consumidores (véase *supra*, párrs. 15 a 19).

[7] Esta exclusión recoge el entendimiento inicial del Grupo de Trabajo de que se deben diferenciar los contratos de licencia de otras transacciones comerciales (véase *supra*, párrs. 20 a 22). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la redacción del proyecto de párrafo refleja adecuadamente la noción de “contrato de licencia”, tal como lo entiende el Grupo de Trabajo.

[8] Este proyecto de artículo podrá contener otras exclusiones, según lo decida el Grupo de Trabajo. Con miras a facilitar el examen de esta cuestión por el Grupo de Trabajo, en el anexo II se reproducen, con fines ilustrativos y sin la intención de ser exhaustivos, exclusiones que se

Artículo 3. Materias que no se rigen por la presente Convención

La presente Convención regula exclusivamente la formación de los contratos celebrados o probados por mensaje de datos. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

a) A la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso[9];

b) A los derechos y obligaciones de las partes emanados del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones o de cualquier uso[10];

c) A los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de derechos creados o transferidos por el contrato[11].

Artículo 4. Autonomía de las partes

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos[12].

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 5. Definiciones[13]

Para los fines de la presente Convención:

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

b) Por "intercambio electrónico de datos (EDI)" se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;

---

suelen encontrar en las leyes nacionales sobre comercio electrónico.

[9] Los proyectos de apartado a) y c) proceden del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

[10] Se ha incluido esta disposición para dejar claro que el anteproyecto de convención no concierne a cuestiones sustantivas emanadas del contrato, que, a todos los demás efectos, sigue sujeto al derecho aplicable (véase *supra*, párrs. 10 a 12).

[11] El proyecto de apartado c) se basó, *mutatis mutandis*, en el apartado b) del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

[12] El proyecto de artículo 4 recoge el principio general de la autonomía de las partes, que se reconoce en varios instrumentos de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, no obstante, si podría resultar apropiada o conveniente alguna limitación de este principio en el contexto del anteproyecto de convención, habida cuenta en particular de disposiciones como el proyecto de párrafo 2 del artículo 12 y el proyecto de artículo 14.

[13] Las definiciones que figuran en el proyecto de apartados a) a d) y f) proceden del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

c) Por "iniciador" de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o a cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;

d) Por "destinatario" de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;

e) Por "sistema informatizado automatizado" se entenderá un programa informático o un medio electrónico automatizado u otro medio automatizado que se utilice para iniciar una acción o responder a mensajes de datos o actuaciones en su totalidad o en parte, sin que lo examine e intervenga una persona física en cada momento que el sistema inicie una acción o genere una respuesta[14].

f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos;

g) Por "oferente" se entenderá toda persona física o jurídica que ofrezca bienes o servicios[15];

h) Por "destinatario de la oferta" se entenderá toda persona física o jurídica que reciba o recupere una oferta de bienes o servicios.

Variante A[16]:

[*i)* El término "firma" incluye cualquier método utilizado para identificar al remitente de un mensaje e indicar que la información contenida en el mensaje se puede atribuir al remitente;]

---

[14] Esta definición se basa en la definición de "agente electrónico" que figura en la sección 2 (6) de la Ley Uniforme sobre transacciones electrónicas de los Estados Unidos; también se emplea una definición similar en la sección 19 de la Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico del Canadá. La definición se incluyó habida cuenta de las disposiciones del proyecto de artículo 12.

[15] Las definiciones propuestas de "oferente" y "destinatario de la oferta" (proyecto de apartado g) y h), respectivamente) se han incluido habida cuenta del hecho de que esas expresiones se utilizan en los proyectos de artículo 8 y 9, en un contexto en el que tal vez no se puedan sustituir fácilmente por las palabras "iniciador" o "destinatario".

[16] Se propone la variante A en caso de que el Grupo de Trabajo desee incluir en el anteproyecto de convención únicamente una disposición general sobre el reconocimiento de las firmas electrónicas, parecida al artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Siguiendo el ejemplo de la reciente legislación uniforme por la que se promulga la Ley Modelo en el Canadá (Ley Uniforme sobre comercio electrónico) y los Estados Unidos (Ley Uniforme sobre transacciones electrónicas), en la definición de firma electrónica de la variante A se incluye la noción de "atribución", que también se utiliza, si bien en otro contexto, en el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI (véase también el párrafo 3 del proyecto de artículo 13, variante A).

Variante B[17]**:**

[*i)* Por "firma electrónica" se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al tenedor de los datos de creación de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que esa persona aprueba la información contenida en el mensaje de datos;

Variante A[18]**:**

[*j)* Por "establecimiento" se entenderá todo lugar de operaciones en el que una persona ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios;]

Variante B[19]**:**

[*j)* Por "establecimiento" se entenderá el lugar en que una parte realiza una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido;]

k) Los términos "persona" y "parte" abarcan a personas físicas y personas jurídicas[20].

[*l)* *Las demás definiciones que el Grupo de Trabajo desee añadir*[21].]

---

[17] La Variante B reproduce la definición de firma electrónica que figura en el apartado a) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas (véase el documento A/CN.9/493). El Grupo de Trabajo tal vez desee utilizar esa definición en caso de que estime necesario incluir requisitos más específicos para el reconocimiento de las firmas electrónicas, similares a los del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas (véase el párrafo 3 del proyecto de artículo 13, variante B).

[18] La definición propuesta de "establecimiento" ("place of business") que figura en la variante A del proyecto de apartado j) recoge los elementos esenciales de las nociones de "establecimiento" ("place of business"), tal y como se entiende en la práctica mercantil internacional, y de "establecimiento" ("establishment"), utilizado en el apartado f) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. La definición propuesta figura entre corchetes en vista de que, aunque la Comisión ha utilizado en repetidas ocasiones el concepto de "establecimiento" en sus diversos instrumentos, hasta ahora no lo ha definido. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de formular una definición uniforme de "establecimiento" a los efectos de potenciar la certeza jurídica y fomentar la uniformidad en la aplicación de la Convención. La definición propuesta puede considerarse también como complemento necesario del proyecto de artículo 7, en particular su párrafo 1.

[19] La variante B del proyecto de apartado j) contiene una definición alternativa de establecimiento, que se ajusta a la interpretación que se da a esta expresión en el marco de la Unión Europea (véase el párrafo 19) del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea).

[20] Se ofrece esta definición para aclarar que al utilizar las palabras "persona" o "parte" sin otro calificativo, el anteproyecto de convención se refiere tanto a las personas físicas como a las jurídicas. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, durante la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, se opinó que una definición de esa índole no correspondía en el texto del instrumento, sino en su guía para la incorporación al derecho interno.

[21] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la necesidad o la conveniencia de incluir definiciones de otros términos empleados en el anteproyecto de convención, como "signatario" (si se aprueba la variante B del proyecto de artículo 13), "Internet", "sitio de la web" o "sitio de

Artículo 6. Interpretación[22]

1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con el derecho aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 7. Ubicación de las partes

1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que las partes tienen su establecimiento en la ubicación geográfica que hayan indicado de conformidad con el artículo 14 [, salvo que sea obvio y manifiesto que la parte no tiene establecimiento en esa ubicación y que esa indicación se hace con la exclusiva finalidad de provocar o evitar la aplicación de la presente Convención[23]].

2. Si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento a los efectos de la presente Convención será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración[24].

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

4. La ubicación del equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información empleado por una persona jurídica para celebrar un contrato, o el lugar

---

la red" y "nombre de dominio".

[22] Este proyecto de artículo refleja el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas para la Compraventa y disposiciones análogas de otros instrumentos de la CNUDMI.

[23] El proyecto de artículo 7 es una de las disposiciones centrales del anteproyecto de convención, y que puede resultar esencial si se define la esfera de aplicación del anteproyecto de convención de conformidad con la variante A del proyecto de artículo 1. El proyecto de párrafo 1 se inspira en una propuesta formulada en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo, en el sentido de que las partes en transacciones electrónicas tengan la obligación de dar a conocer el lugar en que se encuentra su establecimiento (A/CN.9/484, párr. 103). Esa obligación queda recogida en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 14. De conformidad con el espíritu con el que el Grupo de Trabajo examinó esta materia en su 38º período de sesiones (A/CN.9/484, párrs. 96 a 104), el proyecto de párrafo 1 no pretende crear un nuevo concepto de "establecimiento". Si el Grupo de Trabajo estima que se deben formular disposiciones específicas para impedir el fraude (véase el párr. 39 *supra*), tal vez desee añadir un texto similar al sugerido en la frase entre corchetes. Cabe observar que la frase entre corchetes se propone prevenir el fraude y no limitar la capacidad de las partes de convenir en la aplicabilidad de la convención en virtud del proyecto de artículo 1 (párrafo 3 en la variante A y párrafo 2 en la variante B), o interferir de otra forma con el derecho de las partes a escoger la ley aplicable.

[24] Los proyectos de párrafo 2 y 3 reflejan normas tradicionales que se aplican para determinar el establecimiento de las partes (véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa).

desde el que otras personas pueden obtener acceso a ese sistema de información, no constituyen por sí mismos un establecimiento [, salvo que esa persona jurídica no tenga un establecimiento[25]].

5. El hecho exclusivo de que una persona haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculado a un país concreto no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en ese país[26].

Capítulo III. Formación de los contratos

Artículo 8. Momento de la formación del contrato[27]

1. El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

2. La oferta surtirá efecto cuando la reciba el destinatario.

3. La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente.

Artículo 9. Invitaciones a hacer ofertas

1. La propuesta de celebrar un contrato que no va dirigida a una o varias personas determinadas, sino que resulta generalmente accesible a las personas que hacen uso de sistemas de información, como la oferta de bienes y servicios a través de un sitio de la red de Internet, ha de considerarse simplemente como una

[25] Este proyecto de párrafo propone una norma que concierne específicamente a las cuestiones que plantea la utilización de medios electrónicos de comunicación en la formación de los contratos. El proyecto de párrafo pretende recoger una opinión que compartieron muchas delegaciones participantes en el 38º período de sesiones de la Comisión en el sentido de que, al abordar la ubicación de las partes, el Grupo de Trabajo debería procurar evitar la creación de normas que deriven en que se pueda considerar que una parte tiene su establecimiento en un país cuando celebra contratos electrónicamente y en otro cuando lo hace por medios más tradicionales (A/CN.9/484, párr. 103). El proyecto de párrafo se ajusta a la solución propuesta en el párrafo 19 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea. La frase entre corchetes tiene el propósito de abordar únicamente las denominadas “empresas virtuales” y no las personas físicas, que están previstas en la norma que figura en el proyecto de párrafo 3.

[26] En este proyecto de párrafo se tiene en cuenta el hecho de que el sistema actual de asignación de nombres de dominio no se concibió en un principio en términos geográficos y que, por lo tanto, el aparente vínculo entre un nombre de dominio y un país no basta por sí solo para concluir que existe un vínculo auténtico y permanente entre el usuario del nombre de dominio y el país (véase *supra*, párrs. 44 a 46).

[27] Cada uno de los párrafos de este proyecto de artículo recoge la esencia de las normas sobre la formación del contrato que figuran, respectivamente en el artículo 23, el párrafo 1 del artículo 15 y el párrafo 2 del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. El verbo “llegar” que se utiliza en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, se ha sustituido por el verbo “recibir” en el proyecto de artículo para compaginarlo con el proyecto de artículo 11, que se basa en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

invitación a hacer ofertas, salvo que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación[28].

2. Para determinar la intención de una parte de quedar obligada en caso de aceptación, deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso. Salvo que el oferente indique otra cosa, se presumirá que la oferta de bienes y servicios por medio de sistemas informáticos automatizados que permitan que el contrato se celebre automáticamente y sin intervención humana indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación[29].

Artículo 10. Utilización de los mensajes de datos en la formación de los contratos[30]

1. De no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos [u otros actos comunicados electrónicamente de tal manera que se proponga expresar la oferta o la aceptación, entre otros, tocar o pulsar en un icono o lugar designado en una pantalla de computadora].

2. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.

Artículo 11. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos[31]

1. De no convenir otra cosa las partes, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.

---

[28] Esta disposición, que se inspira en el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, se propone esclarecer una cuestión que ha planteado un considerable debate desde la aparición de la Internet. La propuesta dimana de una analogía entre las ofertas realizadas por medios electrónicos y las realizadas por medios más tradicionales (véanse los párrs. 52 a 54).

[29] El párrafo 2 brinda criterios para determinar la intención de una parte de quedar obligada en caso de aceptación. La primera oración se basa en la norma general sobre la interpretación del consentimiento de la parte, que figura en el párrafo 3 del artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. La norma propuesta en la segunda oración de este párrafo es similar a la propuesta en la doctrina jurídica respecto del funcionamiento de las máquinas expendedoras automáticas (véase el párr. 54).

[30] Las normas que figuran en este proyecto de artículo se basan en el párrafo 1 del artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. La frase “u otros actos comunicados electrónicamente”, y la referencia, con fines ilustrativos, a “tocar o pulsar en un icono o lugar designado en la pantalla de la computadora”, que proceden del apartado b) del párrafo 1 de la sección 20 de la Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico del Canadá, se proponen esclarecer el ámbito de la norma contenida en la Ley Modelo en lugar de ampliarla. No obstante, figuran entre corchetes en caso de que el Grupo de Trabajo estime que no es necesaria esa aclaración complementaria.

[31] Salvo por el proyecto de párrafo 4, las normas que figuran en este proyecto de artículo se basan en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con algunos ajustes para armonizar el estilo de las distintas disposiciones con el utilizado en otras partes del proyecto de convención, que se ajusta más estrechamente al estilo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

2. De no convenir otra cosa las partes, si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, se tendrá por recibido el mensaje de datos en el momento en que entre en el sistema de información designado; de enviarse un mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, el mensaje de datos se tendrá por recibido cuando entre en un sistema de información del destinatario[32].

3. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 5 del presente artículo.

4. De no convenir otra cosa las partes, cuando el iniciador y el destinatario utilicen el mismo sistema de información, el mensaje de datos se tendrá por expedido y por recibido cuando sea susceptible de ser recuperado y procesado por el destinatario[33].

5. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, como se determine de conformidad con el artículo 7.

Artículo 12. Transacciones automatizadas

1. De no convenir otra cosa las partes, el contrato podrá formarse por la interacción de un sistema informático automatizado y una persona física o por la interacción de sistemas informáticos automatizados, incluso si cada uno de los distintos actos efectuados por esos sistemas o el acuerdo resultante no fueron revisados por una persona física[34].

---

[32] El proyecto de párrafo 2 no añade nuevos requisitos a los enunciados en el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley Modelo, a diferencia de algunos textos legislativos internos basados en la Ley Modelo que suelen exigir que el mensaje adopte “una forma susceptible de ser recuperada y elaborada por el sistema [del destinatario]” (Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas de los Estados Unidos, sección 15 (b)(1)(2)) o “susceptible de ser recuperada y elaborada por el destinatario” (Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico del Canadá, sección 23 (2)) y no sólo cuando ambas partes utilicen el mismo sistema.

[33] Este proyecto de párrafo se ocupa de los casos en los que tanto el iniciador como el destinatario utilizan el mismo sistema de comunicaciones. En tal caso, no se puede aplicar el criterio utilizado en el proyecto de párrafo 1, ya que el mensaje permanece en un sistema del que no puede afirmarse “que no esté bajo el control del iniciador”. La norma propuesta en el proyecto de párrafo prevé el envío y la recepción simultáneos de un mensaje de datos “cuando sea susceptible de ser recuperado y procesado por el destinatario”. El párrafo 1 del artículo 15 de la Ley Modelo no previó esta situación. No obstante, se sostiene que la norma propuesta, que se inspira en la sección 23(2)(a) de la Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico del Canadá, no entra en conflicto con las normas que figuran en el artículo 15 de la Ley Modelo.

[34] Este proyecto de disposición desarrolla un principio formulado en términos generales en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. El proyecto de párrafo no resulta innovador respecto del entendimiento actual de los efectos jurídicos de las transacciones automatizadas, tal y como lo expresó el Grupo de Trabajo (A/CN.9/484, párr. 106) en el sentido de que todo contrato emanado de la interacción de una computadora con otra computadora o persona es atribuible a la persona en cuyo nombre se celebra el contrato.

2. De no convenir [expresamente] otra cosa las partes, toda parte que ofrezca bienes o servicios por medio de un sistema informático automatizado pondrá a disposición de las partes que utilicen el sistema los medios técnicos que les permitan identificar y corregir errores antes de la celebración del contrato. Los medios técnicos que se pongan a disposición en cumplimiento de lo dispuesto en el presente párrafo serán adecuados, eficaces y accesibles[35].

[3. Los contratos celebrados por personas físicas que accedan al sistema informático automatizado de otra persona no tendrán efectos jurídicos y no serán ejecutorios si la persona natural cometió un error sustancial en el mensaje de datos y[36]

a) El sistema informático automatizado no brindó a la persona física la oportunidad de impedir o corregir el error;

b) La persona física, al percatarse del error, lo notifica a la otra persona lo antes posible e indica que ha cometido un error en el mensaje de datos;

c) La persona física toma medidas razonables, incluidas las medidas que se ajustan a las instrucciones de la otra persona de devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, a consecuencia del error o, si tiene instrucciones para ello, de destruir tales bienes o servicios; y

d) La persona física no ha utilizado los bienes o servicios, si los hubiere, recibidos de la otra persona ni obtenido beneficio material o sacado provecho de ellos.]

Artículo 13. Requisitos de forma[37]

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención exige que un contrato tenga que celebrarse o probarse por escrito ni que esté sujeto a ningún otro requisito de forma[38].

---

[35] Este proyecto de párrafo aborda la cuestión de los errores en las transacciones automatizadas (véase *supra*, párrs. 74 a 79). La norma contenida en el proyecto de párrafo, que se inspira en el párrafo 2 del artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, crea la obligación, para las personas que ofrecen bienes y servicios por medio de sistemas informáticos automatizados, de ofrecer los medios de corregir los errores de introducción de datos. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es preciso declarar expresamente la posibilidad de derogación por acuerdo o ésta puede emanar de un acuerdo tácito como, por ejemplo, cuando una parte procede a efectuar un pedido por medio del sistema informático automatizado del vendedor incluso cuando es obvio para esa parte que el sistema no brinda la oportunidad de corregir los errores de introducción de datos.

[36] El proyecto de párrafo 3 se ocupa de los efectos jurídicos de los errores cometidos por personas físicas que se comunican con un sistema informático automatizado. El proyecto de disposición, que se inspira en la sección 22 de la Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico del Canadá, figura entre corchetes porque, en las consultas celebradas por la Secretaría, se ha sugerido que una disposición de este tipo tal vez no resulte adecuada en el contexto de transacciones comerciales (es decir, no con consumidores), ya que es posible que en el marco del derecho contractual general no se prevea siempre el derecho de denunciar un contrato en caso de error sustancial.

[37] En este proyecto de artículo se combinan disposiciones esenciales sobre los requisitos de forma de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (artículo 11) con disposiciones de los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

2. Cuando la ley requiera que los contratos a los que es aplicable la presente Convención consten por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta[39].

Variante A[40]

3. Cuando la ley exija que los contratos a los que se aplica la presente convención vayan firmados, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

Variante B[41]

3. Cuando la ley exija que los contratos a los que se aplica la presente convención vayan firmados, o prevea consecuencias por la falta de firma, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

4. La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 3 si:

a) Los datos de creación de la firma, en el contexto en el que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;

b) Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

c) Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y

d) Cuando el objetivo del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

---

[38] Esta disposición reafirma el principio general de libertad de forma que figura en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

[39] Esta disposición enuncia los criterios para la equivalencia funcional entre mensajes de datos y documentos de papel, de la misma manera que el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

[40] La variante A enumera los criterios generales para la equivalencia funcional entre las firmas escritas y los métodos electrónicos de identificación a que se alude en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

[41] La variante B se basa en el párrafo 3 del artículo 6 del proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

5. Lo dispuesto en el párrafo 4 se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

a) Demuestre de cualquier otra manera, a los efectos de cumplir el requisito a que se refiere el párrafo 3, la fiabilidad de una firma electrónica;

b) Aduzca pruebas de que la firma electrónica no es fiable.

Artículo 14. Información general que han de proporcionar las partes[42]

1. Las partes que ofrezcan bienes o servicios por medio de un sistema de información que sea accesible al público en general pondrán la siguiente información a disposición de las partes que accedan a ese sistema de información:

a) Su nombre y, si la parte está inscrita en un registro mercantil u otro registro público similar, el nombre de ese registro y el número de inscripción asignado en él a la parte, u otros medios equivalentes de identificación en el registro;

b) La ubicación geográfica y la dirección en la que la parte tiene su establecimiento;

c) Las señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con la parte y establecer una comunicación directa y efectiva con ella, incluida su dirección de correo electrónico.

2. Las partes que ofrezcan bienes o servicios por medio de un sistema de información que sea accesible al público en general velarán por que la información que han de suministrar en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 sea accesible de forma fácil, directa y permanente a las partes que accedan al sistema de información.

[42] Este proyecto de artículo se propone potenciar la certeza y la claridad en las transacciones internacionales asegurando para ello que las partes que ofrezcan bienes y servicios por medio de redes abiertas, como la Internet, ofrezcan como mínimo información sobre su identidad, condición jurídica, ubicación y dirección. Recoge la propuesta, que fue acogida positivamente en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo, de que las personas y empresas que hacen uso de esas redes abiertas den a conocer al menos sus establecimientos (A/CN.9/484, párr. 103). El proyecto de disposición se inspira en el párrafo 1 del artículo 5 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea.

Artículo 15. Disponibilidad de las condiciones contractuales[43]

La parte que ofrezca bienes o servicios por medio de un sistema de información que sea accesible al público en general pondrá a disposición de la otra parte durante un plazo de tiempo razonable el mensaje o los mensajes de datos que contienen las condiciones del contrato y las condiciones generales de tal manera que permita su almacenaje y reproducción. Se considerará que un mensaje de datos no es susceptible de ser almacenado o reproducido si el iniciador impide que la otra parte imprima o almacene el mensaje o los mensajes de datos.

[*Las demás disposiciones que el Grupo de Trabajo desee incluir*.]

[43] Este proyecto de artículo se ocupa de un problema concreto de la contratación electrónica, a saber, la disponibilidad de un registro del contrato. El proyecto de artículo, que se basa en el párrafo 3 del artículo 10 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, exige que las partes que ofrecen sus servicios por medio de sistemas abiertos de información velen por que sus socios contratantes puedan, durante un plazo de tiempo razonable, imprimir o almacenar los mensajes de datos que contienen las condiciones de los contratos.

Anexo II

Exclusiones comunes de la esfera de aplicación de leyes nacionales o regionales que reconocen los efectos jurídicos de los mensajes y las firmas electrónicos

Bermuda

Ley de Transacciones Electrónicas de 1999

"Exclusiones

6 1) La Parte II (requisitos legales respecto de los registros electrónicos) y la Parte III (comunicación de registros electrónicos) no se aplicarán a ninguna norma de ley que exija el escrito o la firma para las siguientes circunstancias:

a) la creación, ejecución o revocación de un testamento o un instrumento testamentario;

b) la transmisión de bienes inmuebles o el traspaso de todo interés en bienes inmuebles.

2) El Ministro podrá disponer mediante reglamento que la presente Ley, o las disposiciones de la misma que se especifiquen en el reglamento, no se aplicarán a ninguna clase de transacciones, personas, asuntos u objetos especificados en el reglamento."

Canadá

Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico

"2) La [autoridad competente] podrá, [por vía legal], especificar las disposiciones o requisitos de derecho interno [del Estado promulgante] a los que no será aplicable la presente ley.

3) La presente ley no se aplicará respecto de:

a) los testamentos y sus codicilos;

b) los fideicomisos creados por testamentos o por codicilos testamentarios;

c) los poderes, en la medida en que lo sean respecto de los asuntos financieros o de cuidado personal de un particular;

d) los documentos que crean o transfieran intereses en bienes raíces y que exijan su registro para su efectividad respecto de terceros.

4) Salvo en lo relativo a la Parte III, la presente ley no se aplicará a los instrumentos negociables, incluidos los títulos valores negociables.

5) Nada de lo dispuesto en la presente ley limita la aplicación de cualquier disposición de ley que autorice, prohíba o reglamente expresamente la utilización de documentos electrónicos."

Eslovenia

Ley sobre Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas

"Artículo 13

1) Cuando la ley o cualquier otro reglamento exija que la información conste por escrito, este requisito se cumplirá por medio de un mensaje electrónico, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

2) Las disposiciones del párrafo precedente no se aplicarán a:

1. Los contratos que regulan los derechos de propiedad y otros derechos sobre bienes inmuebles;

2. Los contratos que regulan los testamentos;

3. Los contratos que regulan las relaciones de propiedad entre cónyuges;

4. Los contratos de cesión de bienes pertenecientes a personas que hayan sido desposeídas de la capacidad jurídica;

5. Los contratos de transmisión y división de bienes *inter vivos*;

6. Los contratos de pensiones vitalicias y los acuerdos de renuncia a derechos sucesorios antes de la herencia;

7. Los contratos de donaciones y los contratos de donaciones *mortis causa*;

8. Los contratos de venta con retención de la propiedad;

9. Otros actos jurídicos que se cumplimentarán, según las disposiciones legales, en forma de escritura pública."

Estados Unidos de América

Ley Uniforme sobre Transacciones Electrónicas

"Sección 3. Ámbito de aplicación[a]

a) Salvo que la subsección b) disponga otra cosa, la presente Ley se aplica a los registros electrónicos y la firmas electrónicas relacionados con la transacción.

b) La presente [Ley] no se aplicará a una transacción en la medida en que esté regida por:

[a] El comentario oficial de la Ley Uniforme sobre Transacciones Electrónicas declara que la Ley "se ve limitada inherentemente por el hecho de que únicamente se aplica a las transacciones relacionadas con asuntos empresariales, mercantiles (incluso de consumidores) y gubernamentales". Así pues, "las transacciones no relacionadas con transacciones empresariales, mercantiles o gubernamentales no estarían sujetas a [la] Ley". Los registros y firmas electrónicos generados unilateralmente que no forman parte de una transacción tampoco quedan dentro del ámbito de la Ley.

1) una ley que rija la creación y ejecución de testamentos, codicilos, o fideicomisos testamentarios;

2) [El Código de Comercio Uniforme, excepto las secciones 1-107 y 1-206 del artículo 2 y el artículo 2A][b];

3) [la Ley Uniforme de Transacciones Informáticas][c]; y

4) [las demás leyes, si las hubiere, que señale el Estado][d].”

Hong Kong, China (Región Administrativa Especial)

Ordenanza Nº 1 de 2000 (Ordenanza sobre comercio electrónico)

“Anexo 1

Materias excluidas de la aplicación de las secciones 5, 6, 7, 8 y 17 de la presente ordenanza en virtud de su sección 3:

1. La creación, ejecución, variación, revocación, reactivación o rectificación de un testamento, codicilo o cualquier otro documento testamentario.

---

[b] El párrafo 2 excluye la totalidad del Código de Comercio Uniforme excepto sus secciones 1-107 (renuncia de reclamación o derecho por incumplimiento) y 1-206 (requisito de escrito para contratos de venta de bienes personales), y los artículos 2 y 2A (ventas y arrendamientos). Las disposiciones excluidas del Código de Comercio Uniforme se ocupan de títulos valores (artículo 3), depósitos bancarios (artículo 4) y transferencias de fondos (artículo 4A); cartas de crédito (artículo 5), transferencias de inventarios y de ventas de inventarios (artículo 6); recibos de almacén, conocimientos de carga y otros documentos de título (artículo 7), valores de inversión (artículo 8); transacciones garantizadas, ventas de cuentas e hipotecas prendarias (artículo 9). El comentario oficial de la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas indica que “los sistemas de cobranza de cheques y transferencias electrónicas de fondos regidos por los artículos 3, 4 y 4A entrañan sistemas y relaciones en los que intervienen numerosas partes además de las partes en el contrato subyacente” y que “la repercusión de validar medios electrónicos en otros sistemas entraña consideraciones que trascienden del ámbito de la presente Ley”. Los artículos 5, 8 y 9 del Código de Comercio Uniforme, a su vez, no se incluyeron porque la materia no se prestara a ser regida por la Ley Uniforme sobre Transacciones Electrónicas, sino “porque el proceso de revisión relativo a sus artículos incluía un examen exhaustivo de las prácticas electrónicas.”

[c] La Ley Uniforme de Transacciones Informáticas se ocupa específicamente de las transacciones en que interviene información de computadoras.

[d] El comentario oficial indica que otras exclusiones en virtud del apartado b) (4) deben limitarse a las leyes que rigen registros y firmas electrónicos que se puedan utilizar en transacciones definidas en la sección 2 (16) de la Ley (es decir, “un acto o conjunto de actos celebrados entre dos o más personas relacionados con la realización de asuntos empresariales, comerciales o gubernamentales”). El comentario oficial aborda extensamente la necesidad y la conveniencia de excluir en general las siguientes materias del ámbito de la ley: fideicomisos (excepto los testamentarios); poderes; transacciones inmobiliarias entre las partes (a diferencia de su efecto sobre terceros) y materias regidas por leyes de protección del consumidor. El comentario indica que el Comité de Redacción de la Ley de Transacciones Electrónicas determinó que no estaba justificada la exclusión de estas esferas suplementarias, en parte habida cuenta de la naturaleza habilitadora de la Ley y de que la sección 8) b)(3) mantiene específicamente la aplicabilidad de requisitos como “leyes que exigen que la información se presente en tipos de letras o formatos concretos o de forma análoga, así como leyes que exijan visualizaciones de información conspicuas”.

2. La creación, ejecución, variación o revocación de un fideicomiso (excepto los fideicomisos resultantes, los implícitos y los impuestos por la ley).

3. La creación, ejecución, variación o revocación de un poder.

4. La confección, ejecución o la confección y ejecución de cualquier instrumento que haya de ser sellado o endosado en virtud de la Ordenanza sobre el Timbre (Cap. 117) que no sea un documento de contrato al que esté vinculado un acuerdo en virtud de la sección 5A de esa ordenanza.

5. Las condiciones de las concesiones públicas y los arrendamientos públicos.

6. Toda escritura, transmisión de propiedad u otro documento o instrumento por escrito, decisiones judiciales y litispendencias a que se hace referencia en la Ordenanza sobre Registro de la Propiedad Inmobiliaria por los que puedan verse afectados cualesquiera parcelas de terreno, fincas urbanas o locales en Hong Kong.

7. Cualesquiera cesión, hipoteca o gravamen legal de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza de Transmisión Patrimonial y Propiedad Inmobiliaria (Cap. 219) o cualquier otro contrato vinculado a bienes inmuebles o a intereses en bienes inmuebles o que afecte a su traspaso.

8. Los documentos por los que se efectúe un gravamen flotante previsto en la sección 2A de la Ordenanza sobre el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (Cap. 128).

9. Juramentos y declaraciones juradas.

10. Declaraciones presentadas en el registro mercantil.

11. Decisiones judiciales (además de las citadas en la sección 6) o mandamientos judiciales.

12. Mandamientos librados por un tribunal o un magistrado.

13. Instrumentos negociables.”

Irlanda

Ley sobre comercio electrónico de 2000

10. 1) *Las secciones 12 a 23* se aplicarán sin perjuicio de

a) La ley que rija la creación, ejecución, modificación, variación o revocación de

i) testamentos, codicilos o cualesquiera otros instrumentos testamentarios a los que sea aplicable la Ley de Sucesión de 1965,

ii) fideicomisos, o

iii) poderes indefinidos,

b) La ley que rija la forma en que se puede crear, adquirir, ceder o registrar un interés en bienes inmuebles (incluido un derecho de arrendamiento en esos

bienes inmuebles), excepto los contratos (timbrados o no) de creación, adquisición o cesión de esos intereses,

c) La ley que rige la prestación de declaraciones juradas o que exige o permite la utilización de declaraciones juradas para cualquier fin, o

d) Las normas, prácticas o procedimientos de juzgados o tribunales, salvo en la medida en que lo puedan prescribir los reglamentos previstos en la sección 3.

...

11. Todas las disposiciones de la presente ley se entenderán sin perjuicio de la aplicación de

a) Las leyes relativas a la imposición, recaudación o cobro de tributos u otros impuestos gubernamentales, incluso derechos, multas o penas,

b) El Reglamento de 1996 (títulos no certificados) de la Ley de Sociedades de 1990 (S.I. Nº 68 de 1996) o cualquier reglamento promulgado en sustitución de ese reglamento,

c) La ley de Testimonio Penal de 1992, o

d) La ley de Crédito al Consumo de 1995 o los reglamentos promulgados en virtud de esa ley y las Comunidades Europeas. (Unfair terms in consumer contracts), Regulations, 1995 (27 de noviembre de 1995).”

Unión Europea

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior

“Artículo 9

Tratamiento de los contratos por vía electrónica

1. Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

2. Los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes:

a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento;

b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública;

c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión;

d) los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones.”

D. Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico; contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención - observaciones de la Cámara de Comercio Internacional, documento presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.96) [Original: inglés]

Tras la publicación del documento A/CN.9/WG.IV/WP.95, la Secretaría recibió observaciones al respecto de un grupo especial de expertos de la Cámara de Comercio Internacional. El texto de esas observaciones se reproduce en el anexo de la presente nota.

ANEXO

Informe del Grupo Especial de Expertos de la Cámara de Comercio Internacional relativo al Proyecto de Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Contratación Electrónica*

Resumen ejecutivo

El Grupo Especial de Expertos de la CCI acoge con beneplácito la Nota de la Secretaría que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95 y la voluntad del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de dar mayor certeza jurídica a la contratación en línea. La CCI ha recibido una serie de respuestas a un cuestionario que había enviado a las empresas a fin de darles la oportunidad de expresar sus opiniones en la esfera del comercio electrónico y la contratación electrónica; el cuestionario, así como las respuestas recibidas en el momento de finalizar el presente informe, se reproducen en el anexo del presente documento. Las respuestas recibidas, que por lo general propician la armonización como medio de reducir la incertidumbre jurídica en la contratación en línea, han influido en las opiniones expresadas en este informe por los integrantes del Grupo Especial de Expertos de la CCI. El Grupo de Expertos seguirá actualizando el anexo a medida que se reciban nuevas respuestas, y se complacerá en poner a disposición de la Secretaría y del Grupo de Trabajo de la CNUDMI los resultados de esas actualizaciones.

El Grupo de Expertos opina que es importante que los principios de libertad contractual y autonomía de las partes queden adecuadamente afirmados en la convención a fin de evitar malentendidos y lograr que las empresas tengan confianza en ella. El Grupo de Expertos sugiere también que el Grupo de Trabajo examine cuidadosamente la cuestión de si la convención debería aplicarse sólo a los contratos electrónicos o a los contratos comerciales en general, teniendo en cuenta que pueden plantearse una serie de problemas si los contratos electrónicos se regulan independientemente del conjunto de los contratos comerciales. El Grupo de Expertos opina asimismo que sería importante aclarar la interacción entre cualquier convención sobre

* El Grupo de Expertos estaba integrado por Mark Bohannon, Charles Debattista, David Fares, Christina Hultmark Ramberg, Christopher Kuner, Anna Nordén, Heather Shaw y Aleksandar Stojanoski. Las opiniones expresadas en el presente documento son las opiniones personales de los miembros del Grupo de Expertos y no necesariamente las de las organizaciones que representan.

contratación electrónica y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante denominada "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa").

El Grupo de Expertos concuerda en que es apropiado que la convención no se limite a los contratos de compraventa de mercaderías. No obstante, debería examinarse más a fondo la cuestión de si la convención debería abarcar también transacciones en materia de propiedad intelectual (como las transacciones de licencias). El Grupo de Expertos no llegó a un consenso acerca de si las transacciones en materia de propiedad intelectual debían incluirse en la labor del Grupo de Trabajo. Como cuestión pragmática, el Grupo de Expertos recomienda que en las negociaciones de la CNUDMI relativas a una convención se excluyan los contratos con consumidores, retomando la definición de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

Con respecto a si la convención debería abarcar las transacciones nacionales o las internacionales, el Grupo de Expertos opina que vale la pena examinar con mayor detenimiento el concepto descrito en la nota de la Secretaría, en virtud del cual los Estados promulgantes pueden decidir que la convención no se aplique a las transacciones internas pero que, salvo disposición en contrario, la convención se aplica también a esas transacciones. El Grupo de Expertos se pronuncia a favor de la aprobación de normas jurídicas que faciliten la determinación de la ubicación de las partes, siempre que se eviten determinados peligros inherentes a tales normas.

En cuanto a las cuestiones jurídicas sustantivas relativas a la formación de contratos, el Grupo de Expertos estima que es particularmente importante que se logre una armonización en las esferas de la concertación de contratos, la incorporación de términos y el tratamiento de equivocaciones y errores.

I. Introducción

1. El Grupo Especial de Expertos de la CCI acoge con beneplácito la nota de la Secretaría de la CNUDMI titulada "Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, en adelante denominada "Nota de la Secretaría", disponible en la Internet www.uncitral.org/en-index.htm) y la voluntad del Grupo de Trabajo de dar mayor seguridad jurídica a la contratación en línea. En el período de sesiones de julio de 2001 de la CNUDMI se pidió a la CCI que elaborara un informe en el que se presentara la perspectiva empresarial acerca de la necesidad de una convención sobre la contratación electrónica. A fin de lograr una visión clara de la perspectiva empresarial, la CCI envió un cuestionario en el que daba a las empresas la oportunidad de que expresaran sus opiniones en la esfera del comercio electrónico en general y de la contratación electrónica en particular. El cuestionario, que fue enviado a una amplia gama de empresas pertenecientes a distintas ramas de actividad y diferentes sectores geográficos de todo el mundo, se reproduce en el apéndice que figura al final del presente informe, junto con las respuestas recibidas en el momento de ultimar la redacción del presente documento, que por lo general se expresan a favor de la armonización como medio de reducir la falta de seguridad jurídica en la contratación en línea. Las opiniones del Grupo de Expertos expresadas en el presente informe acusan la influencia de las respuestas recibidas. El Grupo de Expertos seguirá actualizando el anexo a medida que se reciban nuevas respuestas, y se complacerá en poner los resultados de su labor a disposición de la Secretaría de la CNUDMI y del Grupo de Trabajo.

2. El presente informe se ha elaborado basándose en la suposición de que es necesario contar con una convención (u otro instrumento internacional) que aborde las cuestiones de la contratación. No se seguirá examinando la necesidad de una convención, sino que se tratará el ámbito de aplicación de esa convención, así como las cuestiones sustantivas que deberían abordarse en ella.

3. El objetivo del presente informe no es responder a la Nota de la Secretaría, sino más bien poner de relieve los temas principales. Al mismo tiempo, dado que la mayoría de los temas pertinentes para el sector empresarial

también han sido reconocidos como esferas importantes por la Secretaría, el Grupo de Expertos utilizará la nota de la Secretaría como referencia para evitar una reiteración de los antecedentes jurídicos.

4. El presente informe plantea varias preguntas al Grupo de Trabajo. Opinamos que el Grupo de Trabajo debería debatir y examinar esas preguntas antes de iniciar su labor, a fin de definir adecuadamente el alcance del proyecto. Al mismo tiempo, el Grupo de Expertos seguirá consultando a la comunidad empresarial en general para profundizar aún más en las opiniones de ésta sobre esas cuestiones. La CCI tiene plena conciencia de la importancia comercial del proyecto de la CNUDMI y por lo tanto espera seguir participando activamente en esta labor, aportando observaciones más detalladas sobre el proyecto a medida que éste se vaya desarrollando. Para ello, la CCI recurrirá a su amplia experiencia en cuestiones empresariales concretas a nivel internacional.

II. Ámbito de aplicación

A. Autonomía de las partes y libertad contractual

5. Como observación preliminar, el Grupo de Expertos desearía subrayar que, a su modo de ver, es importante que se tengan muy en cuenta los principios de libertad contractual y autonomía de las partes en la elaboración de la convención, sea cual sea la forma que adopte. Ello no debería dar lugar a controversias, dado que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa ya reconoce esos principios, y en la nota de la Secretaría no hay nada que sugiera que la situación debería modificarse en lo que respecta a la nueva convención. No obstante, para evitar malentendidos y garantizar que la comunidad empresarial confíe en la convención, el Grupo de Expertos se manifiesta a favor de que se afirme claramente en ella que sus normas son reglas supletorias que pueden ser derogadas por las partes. El Grupo de Expertos opina asimismo que sería importante aclarar la interacción entre una eventual convención sobre la contratación electrónica y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

B. Normas especiales para los contratos electrónicos

(véanse los párrafos 10 a 12 de la nota de la Secretaría)

6. La labor de la CNUDMI sobre un instrumento internacional en el que se abordan determinadas cuestiones relativas a la contratación electrónica tiene por objeto eliminar las barreras jurídicas a las transacciones internacionales que existen debido a la falta de armonía del derecho internacional. Conviene preguntarse en primer lugar si esas barreras son propias de la contratación electrónica, o si existen para todos los contratos comerciales internacionales.

7. En muchas de las respuestas al cuestionario se expresó la opinión de que sería preferible que los contratos celebrados por medios de comunicación electrónicos no se sometieran a normas diferentes de las aplicables a los contratos celebrados por otros medios de comunicación. Éste es un punto de fundamental importancia, y el Grupo de Expertos sugiere que el Grupo de Trabajo examine cuidadosamente la cuestión de si la convención debería aplicarse sólo a los contratos electrónicos o a los contratos comerciales en general. En particular, el Grupo de Expertos desea señalar que el hecho de aplicar normas separadas a los contratos electrónicos plantea una serie de problemas, a saber:

a) El Grupo de Expertos desearía cuestionar la definición que se sugiere en los párrafos 10 y 11 de la nota de la Secretaría y en el artículo 1 del anteproyecto de convención que se adjunta como anexo I a dicha nota y que se refiere a “los contratos celebrados o probados por medio de mensajes de datos”. En realidad, muchos contratos se celebran tras recurrir a una serie de conversaciones orales, telefax, contratos basados en papel, correos electrónicos y comunicaciones por la web. Por lo tanto, la expresión “contratos celebrados o probados por medio de mensajes de datos” propuesta en la nota de la Secretaría podría plantear problemas prácticos para determinar el ámbito de aplicación de la convención.

b) En muchos casos, los problemas prácticos que surgen en relación con los contratos electrónicos no son específicos del entorno electrónico, sino que se presentan en todas las operaciones internacionales, sean o no electrónicas. Si bien es cierto que tal vez resulte necesario adaptar las normas tradicionales de contratación para atender cuestiones que se plantean con particular frecuencia en el comercio electrónico (como la definición de "enviado y recibido"), esto no significa que algunas de esas cuestiones no sean igualmente delicadas en el contexto de la contratación "tradicional". Por consiguiente, hay razones para considerar la posibilidad de que en la convención se traten esas cuestiones jurídicas de una manera neutral en cuanto a los medios de comunicación utilizados.

C. ¿La convención debería aplicarse únicamente a los bienes?

(véanse los párrafos 13 y 14 y 20 a 22 de la nota de la Secretaría)

8. El Grupo de Expertos concuerda con lo expresado en los párrafos 13 y 14 de la nota de la Secretaría, según los cuales conviene que la convención abarque también otros contratos además de los comprendidos en la esfera de la compraventa de bienes. Es particularmente importante que la convención abarque también las transacciones de servicios.

9. En los párrafos 20 a 22 de la nota de la Secretaría se sugiere que la convención debería incluir también transacciones en materia de propiedad intelectual, como las transacciones para la concesión de licencias. El Grupo de Expertos desea señalar que las transacciones en materia de propiedad intelectual pueden plantear problemas diferentes de los que existen en la esfera de la compraventa de bienes y servicios. El Grupo de Expertos no logró llegar a un consenso que reflejara esas preocupaciones sustantivas y de procedimiento, con respecto a esta cuestión y opina que el Grupo de Trabajo debería estudiarla más a fondo.

D. ¿Debería aplicarse la convención a los consumidores?

(véanse los párrafos 15 a 19 de la nota de la Secretaría)

10. Como se refleja en las respuestas al cuestionario, el Grupo de Expertos estima que es necesario brindar orientaciones con respecto a los contratos con consumidores celebrados por medios electrónicos. No obstante, por pragmatismo, el Grupo de Expertos recomienda que, por diversas razones, los contratos con consumidores se excluyan de las negociaciones de la CNUDMI relativas a la convención. En primer lugar, muchos Estados consideran los derechos de los consumidores como una cuestión de orden público, de modo que podría resultar muy difícil llegar a un acuerdo sobre cualesquiera normas sustantivas. Si se desea que la convención sea aplicable a las transacciones con consumidores, se suscitarían probablemente tantas controversias en las deliberaciones que se correría un riesgo considerable de no lograr consenso alguno. Otra preocupación que se plantea es que no sería posible dejar un margen suficiente para el principio de la libertad contractual si se incluyen las transacciones con consumidores.

11. En cuanto a los medios de excluir las transacciones con consumidores, el Grupo de Expertos recomienda que se utilice la misma definición que en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, como se sugiere en el párrafo 16 de la nota de la Secretaría. Esto permitiría aprovechar la experiencia y la jurisprudencia relacionadas con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Es posible establecer una gran variedad de definiciones de la expresión "transacciones con consumidores". La solución óptima sería que se utilizara la misma definición en todos los instrumentos (nacionales o internacionales), pero éste no será el caso en el futuro previsible. El Grupo de Expertos recomienda por lo tanto que la CNUDMI utilice la misma definición que en todas las convenciones de la CNUDMI.

12. El apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa ("salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso") puede crear problemas en el entorno electrónico, dado que la calidad de consumidor o comerciante de la otra parte

puede quedar oculta (véanse los párrafos 18 y 19 de la Nota de la Secretaría). Este problema debería examinarse más a fondo. El Grupo de Expertos recomienda que se incluya en la nueva convención la redacción del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa relativo al conocimiento del vendedor.

E. ¿Debería aplicarse la convención a los contratos internacionales únicamente?

(véanse los párrafos 25 a 36 de la nota de la Secretaría)

13. Es preferible que se apliquen las mismas normas, independientemente de la índole nacional o internacional de la transacción. Si ése es el caso, una empresa podrá utilizar la misma interfaz para todas sus operaciones, y los clientes podrán por lo tanto habituarse a esta interfaz en todas sus transacciones. No obstante, el Grupo de Expertos reconoce que un ámbito de aplicación tan amplio podría plantear dificultades para el logro de un consenso en el seno del Grupo de Trabajo. Muchos Estados estarán probablemente menos dispuestos a aceptar y ratificar una convención que interfiera con la legislación que rige sus transacciones internas. El Grupo de Expertos considera por lo tanto que el concepto que se describe en el párrafo 36 de la Nota de la Secretaría y en la variante A del proyecto de artículo 1, en virtud del cual los Estados promulgantes pueden decidir que no aplicarán la convención a las transacciones nacionales pero que, salvo disposición en contrario, la convención se aplica también a las transacciones nacionales, es un enfoque potencialmente útil; no obstante, esa cuestión debe examinarse más a fondo antes de adoptar una decisión.

14. La definición de las transacciones internacionales debería ser la misma que la que figura en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, ya que ello permitiría aprovechar la jurisprudencia derivada de esa Convención. Además, sería conveniente en general que las convenciones tuvieran el mismo ámbito de aplicación a ese respecto.

F. Ubicación de las partes

(véanse los párrafos 37 a 46 de la nota de la Secretaría)

15. El Grupo de Expertos comparte la opinión expresada en la nota de la Secretaría en el sentido de que la dificultad para determinar dónde está ubicada una parte en una transacción en línea constituye actualmente una fuente considerable de inseguridad jurídica; si bien este peligro siempre existió, el alcance mundial del comercio electrónico hace que sea más difícil que nunca determinar esa ubicación. Esta incertidumbre puede tener importantes consecuencias jurídicas, dado que la ubicación de las partes es fundamental para cuestiones como la jurisdicción, el derecho aplicable y la ejecución. Las respuestas al cuestionario respaldan también este punto de vista.

16. En la nota de la Secretaría se presentan asimismo una serie de sugerencias para hacer frente a este problema de inseguridad, entre las que cabe mencionar 1) exigir que las partes en un contrato celebrado electrónicamente indiquen claramente dónde están ubicados sus establecimientos pertinentes; 2) establecer una presunción de que el establecimiento de las partes es el que éstas hayan indicado como tal; y 3) determinar los elementos a partir de los cuales puede deducirse la ubicación del establecimiento pertinente. El Grupo de Expertos opina que estas sugerencias tienen muchos aspectos positivos, dado que podrían conducir a una mayor seguridad jurídica, pero desea señalar algunos posibles problemas:

a) Deberían examinarse y definirse con exactitud las consecuencias del incumplimiento de una de estas disposiciones por una de las partes. Por ejemplo, el Grupo de Expertos estima que es importante que se evite la situación prevista en la Directiva de la Unión Europea sobre comercio electrónico (a la que se remite la nota de la Secretaría como fuente de inspiración para algunas de estas disposiciones) en virtud de la cual las partes están obligadas a cumplir ciertas obligaciones en materia de información, sin que se indiquen claramente cuáles son las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones (es decir,

posibles sanciones, invalidez absoluta o relativa del contrato, etc.), dado que esa situación crea una inseguridad jurídica considerable.

b) Tal como se establece en la Nota de la Secretaría, podría ser conveniente que se adoptaran disposiciones para evitar las situaciones en las que la indicación del establecimiento por una parte no serviría otro propósito que el de burlar el nuevo instrumento o provocar su aplicación en casos que quedaran fuera de su ámbito. No obstante, el Grupo de Expertos desea subrayar que sería difícil elaborar disposiciones de esa índole, y peligroso incluir disposiciones que fueran excesivamente complejas y que impidieran que las partes indicaran legítimamente dónde están situados sus establecimientos.

c) El Grupo de Expertos desea asimismo alertar acerca del peligro de normas demasiado simplistas basadas en indicaciones que pueden parecer concluyentes pero de hecho tienen poca o ninguna relación con el verdadero establecimiento de una parte (por ejemplo, cuando una parte utiliza un nombre de dominio relacionado con un país concreto); el Grupo de Expertos se siente alentado por el hecho de que al parecer se ha reconocido ese peligro en la nota de la Secretaría.

III. Cuestiones de fondo sobre la formación de los contratos

17. La mayoría de las respuestas recibidas al cuestionario reconocen que la falta de armonía jurídica en lo que respecta a la formación de los contratos es un obstáculo para el comercio electrónico.

A. Concertación de contratos

(véanse los párrafos 49 a 54 y 63 a 66 de la nota de la Secretaría)

18. Como se indica en los párrafos 64 a 67 de la nota de la Secretaría, el concepto de oferta y aceptación, aunque se acepta muy bien en muchas jurisdicciones, plantea problemas tanto desde el punto de vista práctico como teórico. El Grupo de Expertos recomienda que la redacción del artículo 2.1 de los principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) relativos a los contratos comerciales internacionales (un contrato se perfecciona ya sea por la aceptación de una oferta o *por un comportamiento de las partes que sea suficiente para indicar su acuerdo*) se tenga en cuenta en relación con la formación de los contratos, a fin de establecer, e indicar a las partes, que un contrato puede perfeccionarse también sin recurrir al modelo de la oferta y la aceptación.

19. El Grupo de Expertos opina que es importante que se especifique en qué medida las ofertas electrónicas son ofertas vinculantes o sólo invitaciones a entablar negociaciones. En el cuestionario, las empresas se han declarado preocupadas por la actual incertidumbre a ese respecto.

B. Envío y recepción

(Véanse los párrafos 59 a 62 de la Nota de la Secretaría)

20. El Grupo de Expertos opina que sería conveniente incluir en la convención normas acerca del momento en que un mensaje se “envía” y se “recibe”.

C. Transacciones automatizadas

(véanse los párrafos 71 a 73 de la nota de la Secretaría)

21. El Grupo de Expertos tiene dudas acerca de la necesidad práctica de reglamentar expresamente las transacciones automatizadas. Las cuestiones abarcadas en el proyecto de artículo 12 ya han sido tratadas o deberían tratarse en otros proyectos de artículo. La regla sobre la formación del contrato se deriva del proyecto de artículo 8 (por lo menos si se enmienda su redacción como se propone más arriba). Los errores deberían tratarse

separadamente y respecto de todos los tipos de equivocaciones en un contexto electrónico, trátese o no de operaciones automatizadas (véase más adelante).

22. Además, el Grupo de Expertos teme que resulte problemático distinguir entre transacciones automatizadas, semiautomatizadas y no automatizadas, lo que constituye una razón de más para no prever disposiciones que rijan expresamente las transacciones automatizadas.

D. Requisitos de forma

(véanse los párrafos 85 a 89 de la nota de la Secretaría)

23. El Grupo de Expertos concuerda en que no es necesario que la convención trate la cuestión de los requisitos de forma (párrafos 85 a 87 de la nota de la Secretaría). El Grupo de Expertos no ve la necesidad de incluir artículos sobre requisitos de escrito y firma en la convención, dado que ésta -al igual que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa- debería basarse en la norma general de que no se necesita ningún requisito de forma (párrafos 88 y 89 de la nota de la Secretaría) y -al igual que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa- permitir que las partes estipulen reservas con respecto a los requisitos de forma.

E. Incorporación de términos

(véanse los párrafos 67 a 69 de la nota de la Secretaría)

24. Las respuestas al cuestionario muestran que la incorporación de términos es una esfera en la que a juicio de las empresas se plantean problemas actualmente debido a la falta de armonía de las legislaciones nacionales. No obstante, la incorporación de términos por remisión es un problema muy debatido no sólo en el entorno electrónico. La cuestión decisiva es cuánta atención debe prestarse a la incorporación de términos para que éstos sean jurídicamente válidos. Este problema sigue siendo el mismo en el entorno electrónico.

25. El Grupo de Expertos sugiere que la CNUDMI trate de solucionar el problema general de la incorporación de términos normalizados con especial referencia los términos normalizados en un contexto electrónico. Este problema podría tratarse de una manera general en la convención. Pueden encontrarse orientaciones en los artículos 2.20, 2.21 y 2.22 de los principios del UNIDROIT.

26. El Grupo de Expertos reconoce que es difícil solucionar el problema de la batalla de las formas. No obstante, se ha hecho un esfuerzo por resolver ese problema en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, que podría retomarse y quizá incluso mejorarse en una nueva convención.

F. Equivocaciones y errores

(véanse los párrafos 74 a 79 de la nota de la Secretaría)

27. Las respuestas al cuestionario muestran que las empresas también están preocupadas por la falta de uniformidad en las normas jurídicas nacionales relativas a las equivocaciones y errores. El Grupo de Expertos preferiría que esa cuestión se tratara en un nuevo artículo de la convención.

28. La convención debe indicar claramente que las partes pueden modificar de común acuerdo la norma supletoria de la convención relativa a las equivocaciones, es decir, que esa norma no debería ser obligatoria. Si bien está claro que la propia convención no debería ser obligatoria de una manera general, el Grupo de Expertos opina que seria útil que esto se señalara expresamente con respecto a los errores electrónicos, dado que algunas legislaciones nacionales en esta esfera contienen disposiciones obligatorias.

APÉNDICE

Cuestionario y respuestas

Cuestionario

La CCI distribuyó en septiembre de 2001 a empresas del mundo entero el siguiente cuestionario relativo a las prácticas en materia de contratación electrónica*:

Antecedentes

La falta de uniformidad entre los diferentes ordenamientos jurídicos determina que quienquiera que desee hacer negocios fuera de su propia jurisdicción se vea obligado a incurrir en gastos considerables. A fin de evitar el problema de determinar el derecho aplicable a los contratos electrónicos, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) está examinando la posibilidad de elaborar normas jurídicas para la contratación electrónica. Si bien las empresas seguirán gozando de entera libertad para convenir sus propias prácticas contractuales, el proyecto de la CNUDMI podría permitir que se elaboraran reglas supletorias básicas para la contratación electrónica que podrían resultar de fundamental importancia para el comercio electrónico transfronterizo.

Deseosa de que este importante proyecto tenga en cuenta la realidad comercial, la CCI está preparando y tiene previsto presentar a la CNUDMI en noviembre un informe en el que se proporcionará un panorama general de las prácticas de contratación electrónica existentes y se analizarán las cuestiones jurídicas que convendría que abordara la CNUDMI. Con este fin, la CCI se está dirigiendo a las empresas a fin de lograr un mejor conocimiento de sus prácticas de contratación electrónica y solicitarles su opinión acerca del alcance que debería tener el trabajo de la CNUDMI. La CCI agradecería que dedicara algunos minutos de su tiempo a responder a las siguientes preguntas:

Su propia práctica y experiencia

¿Su empresa ya tiene experiencia en materia de contratación electrónica?

a) **Si la respuesta es afirmativa:**
   i) ¿le han solicitado sus proveedores/clientes/asociados que utilice medios electrónicos para celebrar contratos?
   ii) ¿ha encontrado alguna dificultad (jurídica o práctica)?
b) **Si la respuesta es negativa,** sírvase indicar las razones (no ha habido oportunidad/necesidad, problemas de infraestructura o de seguridad, falta de seguridad jurídica, etc.)

Ejemplos concretos

Si bien aún no se conoce con exactitud el alcance del proyecto de la CNUDMI, la CCI ha identificado algunos problemas que crean obstáculos para la contratación electrónica y que podría examinar la CNUDMI. Teniendo en cuenta que sólo se trata de ejemplos, la CCI desearía conocer su opinión sobre las cuestiones siguientes.

* Cabe señalar que el orden de la numeración en el cuestionario no es correlativo.

A. Formación de los contratos

En la actualidad, las normas sobre la formación de los contratos son diferentes en los distintos países. Las normas que determinan qué tipos de mensaje son jurídicamente vinculantes difieren. Por ejemplo, un mensaje en un sitio en la web puede constituir automáticamente una "oferta" vinculante conforme a la ley de determinado país pero no a la de otro. Esta falta de armonía crea un importante problema en el contexto internacional, debido a la dificultad de determinar el derecho aplicable y a la falta de uniformidad internacional en lo que respecta a la naturaleza vinculante de los mensajes.

1. A su modo de ver, ¿constituye un problema el hecho de que la medida en que usted está obligado por los mensajes electrónicos difiera de un país a otro?

2. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre formación de contratos electrónicos?

B. Incorporación de términos en el contrato

Otra esfera en la que se observa una falta de armonía es en qué medida son vinculantes las condiciones de un contrato celebrado en línea. Es el caso, por ejemplo, de las reglas que se aplican para determinar si la remisión a través de un enlace hipertextual a otro sitio en la web que contenga términos jurídicos incorpora esos términos al contrato. Algunas jurisdicciones requieren una aprobación activa (como una pulsación en el vínculo o la selección de un signo afirmativo en la pantalla electrónica mediante el ratón), mientras que otras jurisdicciones no imponen estos requisitos.

3. ¿Plantea un problema el hecho de que la ley relativa a la incorporación de términos difiera de un país a otro?

4. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre incorporación de términos en los contratos electrónicos?

C. Equivocaciones y errores

Debido a la velocidad y a la automatización que caracterizan a las comunicaciones electrónicas, es fácil cometer errores (por ejemplo, en lugar de ordenar la compra de acciones por valor de 1.000 dólares, puede resultar que se haya ordenado la compra de 1.000 acciones), tanto si se trata de un error humano como debido a las elecciones automatizadas efectuadas por las computadoras. Actualmente reina cierta incertidumbre en cuanto a la asignación de responsabilidad por la comisión de errores, dado que la regla tradicional (que adjudica la mayor parte de esa responsabilidad a la parte que ha cometido la equivocación) tal vez no sea adecuada para el medio electrónico. En la actualidad las diferentes jurisdicciones adoptan distintas posiciones con respecto a las equivocaciones en las comunicaciones electrónicas.

5. ¿Constituye un problema a su modo de ver el hecho de que la ley relativa a las equivocaciones difiera de un país a otro?

6. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a las equivocaciones cometidas en las comunicaciones electrónicas?

D. Prueba

Incluso en un contexto fuera de línea basado en papel, las contrapartes enfrentan a menudo dificultades para determinar con exactitud las condiciones de sus contratos: puede existir un intercambio de correspondencia que puede o no transformarse en un "documento contractual" único o, de lo contrario

puede haber más de un “documento” con apariencia contractual porque cada una de las contrapartes utiliza sus propios términos normalizados. Los factores de incertidumbre se multiplican en un entorno en línea, donde la certeza jurídica depende no sólo del derecho aplicable en materia de contratos sino también del derecho probatorio y de la admisibilidad de los mensajes electrónicos como prueba de la intención de celebrar un contrato.

8. ¿Ha encontrado problemas debido a la falta de armonía internacional en la esfera del derecho probatorio con respecto a:

   a) La prueba de que se ha celebrado un contrato, o

   b) El reconocimiento de las condiciones en base a las que ha celebrado el contrato?

9. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a la prueba en el contexto de las transacciones electrónicas?

Normas futuras

10. A su modo de ver, ¿se plantean problemas en la práctica con respecto a las cuestiones A a D que figuran más arriba?

11. ¿Existen otras cuestiones que debería abordar la CNUDMI?

12. ¿Un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa) sería útil para las empresas?

13. Si se elaborara un marco normativo armonizado de esa índole, ¿convendría que se previeran normas separadas para la contratación electrónica o sería preferible que se aplicaran las mismas normas independientemente del medio utilizado (es decir, tanto para la contratación en línea como fuera de línea)?

14. ¿Cuáles son las cuestiones más urgentes relativas al comercio electrónico en general y a la contratación electrónica en particular de las que usted desearía que se ocuparan los gobiernos y las organizaciones internacionales?

Respuestas

Hasta la fecha hemos recibido respuestas de 12 empresas que representan una gran variedad de sectores empresariales y regiones geográficas. A continuación se presenta un resumen, incluidas citas (subrayadas) de las respuestas:

Número	País	Resumen de las preguntas/respuestas
1.	República Checa - empresa industrial	1. ¿Su empresa ya tiene experiencia en materia de contratación electrónica? "*Sí*". 2. a 9.: La empresa tiene problemas en todas estas esferas y acogería con beneplácito la labor de armonización al respecto. 12.: ¿Un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa) sería útil para las empresas? "*Sí. Las normas deberían aplicarse en todos los países*." 13.: Si se elaborara un marco normativo armonizado de esa índole, ¿convendría que se previeran normas separadas para la contratación electrónica o sería preferible que se aplicaran las mismas normas independientemente del medio utilizado (es decir, tanto para la contratación en línea como fuera de línea)? "*Debería aplicarse un solo marco normativo*."
2.	Dinamarca-empresa industrial	1. ¿Su empresa ya tiene experiencia en materia de contratación electrónica? "*Desde mediados del decenio de 1980 hemos estado promoviendo la utilización de la contratación electrónica con nuestros clientes (externos) así como en el plano interno, entre las distintas dependencias de la empresa... Con respecto a los aspectos jurídicos, los problemas relativos a la facturación transfronteriza son los que han generado mayor incertidumbre*." 2. a 9.: Con respecto a los ejemplos de obstáculos jurídicos indicados en el cuestionario, la empresa contesta lo siguiente: "*La falta de armonía internacional en las esferas de la formación de los contratos, la incorporación de términos en el contrato, las equivocaciones y errores y la prueba son cuestiones que aún no han causado problemas en las relaciones con nuestros clientes. No obstante, es una esfera que merece mayor atención, debido a la evolución y al aumento previsto del intercambio electrónico de datos (EDI) o de la contratación electrónica en un futuro cercano. la situación actual, caracterizada por legislaciones nacionales diferentes, encierra un riesgo latente, que socava las relaciones comerciales transfronterizas y transcontinentales y obliga a las empresas a consagrar demasiado tiempo y dinero a tratar de prever su situación jurídica. Por consiguiente, la armonización o la elaboración de nuevas normas supletorias se acogería con beneplácito, dado que constituiría un instrumento práctico para el comercio transfronterizo*." 10. a 14.: Con respecto a la labor futura, la empresa expresa lo siguiente: "*Opinamos que la promoción de un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica es una buena idea, siempre y en la medida en que refleje la necesidad de las empresas de contar con normas simples y transparentes relativas a la división de los derechos y las obligaciones entre las partes contratantes. Ese marco*

		normativo armonizado debería basarse de preferencia en normas aplicables independientemente del medio utilizado, es decir, normas que se apliquen tanto a la contratación en línea como fuera de línea, a fin de garantizar su difusión y utilización a nivel mundial."
3.	Dinamarca - otra empresa industrial	1. ¿Le han solicitado sus proveedores/clientes/asociados que utilice medios electrónicos para celebrar contratos? "*Sí*" ¿Ha encontrado alguna dificultad (jurídica o práctica)? "*Aún no*." 2. a 9.: La empresa tiene problemas en todas estas esferas y acogería con beneplácito una labor de armonización al respecto. 11. ¿Existen otras cuestiones que debería abordar la CNUDMI? "*El comercio electrónico en general, los conflictos entre derechos de propiedad intelectual y nombres de dominio*." 12. ¿Un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa) sería útil para las empresas? "*Sí.*" 13. Si se elaborara un marco normativo armonizado de esa índole, ¿convendría que se previeran normas separadas para la contratación electrónica o sería preferible que se aplicaran las mismas normas independientemente del medio utilizado (es decir, tanto para la contratación en línea como fuera de línea)? "*Las normas deberían ser las mismas*."
4.	Francia - banco importante	La empresa destaca la importancia de la identificación territorial: "*Un sitio en la web puede instalarse en un país mientras que la empresa a la que sirve -cuyos bienes y servicios vende- está situada en otro país. El comprador necesita saber en qué país está comprando a fin de asegurarse de cuál es la legislación aplicable. Del mismo modo, además de estar enterado del lugar al que deben expedirse los bienes, el vendedor puede tener necesidad de saber en qué país está ubicado el comprador.*"
5.	Alemania - gran empresa de venta por correspondencia	La empresa no estima necesaria la labor de armonización, dado que la mayoría de las cuestiones ya han sido solucionadas por la Directiva sobre comercio electrónico de la Unión Europea y el derecho alemán.
6.	Alemania - otra gran empresa de venta por correspondencia	1. ¿Su empresa ya tiene experiencia en materia de contratación electrónica? "*Utilizamos medios de comunicación electrónica con nuestros clientes debido a que el mercado de la venta por correspondencia así lo requiere. En lo que respecta a los proveedores, hemos decidido -después de un período de ensayo- no utilizar medios electrónicos porque las exigencias técnicas eran demasiado grandes y no estaba garantizada la seguridad de la transmisión de los datos*." 2. A su modo de ver, ¿constituye un problema el hecho de que la medida en que usted está obligado por los mensajes electrónicos difiera de un país a otro? "*No, porque nuestras filiales y nosotros mismos sólo operamos en nuestros respectivos mercados nacionales*". 3. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre formación de contratos electrónicos? "*Sí. Sin embargo, dado que la Unión Europea no logró armonizar esas normas en el momento en que aprobó su directiva sobre comercio electrónico, dudo que ello pueda suceder en el futuro*". 4. a 9.: La empresa tiene problemas en todas estas esferas y acogería con beneplácito una labor de armonización al respecto. 12. ¿Un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa) sería útil para las empresas? "*No lo creo. Si*

		fuera semejante al de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, ese marco no formaría parte del jus cogens. La parte más fuerte en el contrato excluiría las normas que no le agraden". 14. ¿Cuáles son las cuestiones más urgentes relativas al comercio electrónico en general y a la contratación electrónica en particular de las que usted desearía que se ocuparan los gobiernos y las organizaciones internacionales? "*La cuestión de la determinación de la legislación aplicable al comercio transfronterizo, por ejemplo, la legislación relativa a la competencia, la protección de los datos, el comercio, plantea un verdadero problema. Pero dudo que este problema pueda solucionarse en un futuro próximo*".
7.	Islandia - consorcio bancario	1. ¿Su empresa ya tiene experiencia en materia de contratación electrónica? ¿Ha encontrado alguna dificultad? "*Los problemas jurídicos son la falta de previsibilidad y confianza debido a las complejas cuestiones jurídicas que plantean las tecnologías de la información (la formación de los contratos, el no rechazo, el archivo, la validación, la prueba) y el hecho de que no exista jurisprudencia. La utilización de las comunicaciones electrónicas para transacciones importantes se limita principalmente a grupos cerrados de usuarios cuyos miembros se ponen de acuerdo previamente sobre la tecnología que utilizarán y las consecuencias jurídicas que se derivarán de ello*". 2. A su modo de ver, ¿constituye un problema el hecho de que la medida en que usted está obligado por los mensajes electrónicos difiera de un país a otro? "*Sí, opino que es un problema general en el derecho contractual internacional. Por ejemplo, la cuestión de saber si una propuesta es una oferta o una invitación a formular una oferta plantea una gran dificultad tanto para los consumidores como para los proveedores. Existen razones válidas para justificar una u otra alternativa, pero las partes deben saber cuál de ellas se aplica*". 3. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre formación de contratos electrónicos? "*Sería útil para aclarar la situación, pero la formación de los contratos es un problema jurídico importante para la mayoría de los países y la tradición constituye un factor esencial a ese respecto. Tampoco es útil que existan normas especiales para los contratos electrónicos que difieran de las que rigen la formación de los contratos basados en papel. Además, todas las exigencias formales en la esfera de la formación de los contratos pueden determinar que cosas simples se vuelvan complicadas, y deberían evitarse. La intención debería ser determinante*". 4. ¿Plantea un problema el hecho de que la ley relativa a la incorporación de términos difiera de un país a otro? "*Sí, opino que es un problema, especialmente para los consumidores. En los países nórdicos, por ejemplo, la protección del consumidor es importante y la incorporación de términos por remisión debe realizarse de una manera muy clara y explícita*". 5. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre incorporación de términos en los contratos electrónicos? "*Sí pero una vez más, el derecho contractual es una cuestión delicada de orden nacional*". 6. ¿Constituye un problema a su modo de ver el hecho de que la ley relativa a las equivocaciones difiera de un país a otro? "*Sí*". 7. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a las equivocaciones cometidas en las comunicaciones electrónicas? "*Pienso que las reglas tradicionales deberían ser suficientes en la mayoría de los casos (intención, culpa, buena fe)*".

		8. ¿Ha encontrado problemas debido a la falta de armonía internacional en la esfera del derecho probatorio? "*Cuando se celebra un contrato, ese hecho debe quedar perfectamente claro. El factor determinante debe ser la intención de quedar vinculado por el contrato y no tal o cual requisito de forma*". 9. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a la prueba en el contexto de las transacciones electrónicas? "*No pienso que se pueda llevar a cabo en la práctica una armonización de las normas relativas a la prueba, aunque eso sería útil. También opino que en este caso deberían aplicarse normas generales*." 10. A su modo de ver, ¿se plantean problemas en la práctica con respecto a las cuestiones A a D que figuran más arriba? *Sí, creo que las cuestiones enumeradas constituyen problemas no sólo en el contexto de la contratación electrónica sino también en el de la contratación en general. Esas cuestiones no son nuevas, pero la posibilidad de celebrar contratos por medios electrónicos hace que sean más visible en la práctica*." 12. ¿Un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de Viena sobre la Compraventa) sería útil para las empresas? "*Sí, sería útil*." 13. Si se elaborara un marco normativo armonizado de esa índole, ¿convendría que se previeran normas separadas para la contratación electrónica o sería preferible que se aplicaran las mismas normas independientemente del medio utilizado (es decir, tanto para la contratación en línea como fuera de línea)? "*Es preferible, con mucho, que se apliquen las mismas reglas, independientemente del medio utilizado*."
8.	Japón-multinacional	1. ¿Le han solicitado sus proveedores/clientes/asociados que utilice medios electrónicos para celebrar contratos? "*Sí*." ¿Ha encontrado alguna dificultad (jurídica o práctica)? "*Hasta el momento no. Nuestra experiencia en materia de contratación electrónica se limita a unos pocos casos*." 2. A su modo de ver, ¿constituye un problema el hecho de que la medida en que usted está obligado por los mensajes electrónicos difiera de un país a otro? "*Se trata efectivamente de un importante problema que algún día podría llegar a obstaculizar el comercio electrónico*." 3. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre formación de contratos electrónicos? "*Sí, sería útil, pero lo más importante sería la manera de proceder a esa armonización*." 4. ¿Plantea un problema el hecho de que la ley relativa a la incorporación de términos difiera de un país a otro? "*Podría plantear un problema, pero ello también ocurriría en el caso de los contratos no electrónicos. En lo que respecta a estos últimos, las partes por lo general adoptan disposiciones durante el proceso de negociación para evitar que así suceda*." 5. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre incorporación de términos en los contratos electrónicos? "*Es difícil contestar sí o no*." 6. ¿Constituye un problema a su modo de ver el hecho de que la ley relativa a las equivocaciones difiera de un país a otro? "*Sí, es un gran problema*."

		7. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a las equivocaciones cometidas en las comunicaciones electrónicas? "*Es difícil contestar sí o no. Si el contrato contiene un artículo destinado a evitar ese riesgo, no sería necesario llevar a cabo esa armonización internacional. Es una cuestión que deberían solucionar las partes en el contrato*." 8. ¿Ha encontrado problemas debido a la falta de armonía internacional en la esfera del derecho probatorio con respecto a la prueba de que se ha celebrado un contrato, o al reconocimiento de las condiciones en base a las que se ha celebrado el contrato? "*No*." 9. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a la prueba en el contexto de las transacciones electrónicas? "*No lo sé*." 10. A su modo de ver, ¿se plantean problemas en la práctica con respecto a las cuestiones A a D que figuran más arriba? "*Sí, algunas de ellas plantean problemas, pero no todas*." 11. ¿Existen otras cuestiones que debería abordar la CNUDMI? "No". 12. ¿Un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de Viena sobre la Compraventa) sería útil para las empresas? "*Serían útiles principios directrices o un marco normativo. No obstante, si la convención se aprueba, cada país quedará en entera libertad de ratificarla o no. De modo que los aspectos relativos a la soberanía serían importantes*." 13. Si se elaborara un marco normativo armonizado de esa índole, ¿convendría que se previeran normas separadas para la contratación electrónica o sería preferible que se aplicaran las mismas normas independientemente del medio utilizado (es decir, tanto para la contratación en línea como fuera de línea)? "*Es difícil decir cuál es la mejor solución. Debemos examinar más casos prácticos antes de adoptar una decisión al respecto*." 14.¿Cuáles son las cuestiones más urgentes relativas al comercio electrónico en general y a la contratación electrónica en particular de las que usted desearía que se ocuparan los gobiernos y las organizaciones internacionales? "*La responsabilidad del organismo certificador y los formatos de los documentos institucionales armonizados para evitar los problemas vinculados con las firmas electrónicas*."
9.	Suecia - multinacional	1. ¿Su empresa ya tiene experiencia en materia de contratación electrónica? "*Sí. La razón por la cual no recurrimos a la contratación electrónica, independientemente de las técnicas de intercambio electrónico de datos, no es la inseguridad jurídica. En realidad nunca celebramos contratos de venta electrónica, dado que todas nuestras operaciones comerciales se efectúan sobre la base de contratos en papel por intermedio de una plataforma de comercio electrónico protegida por una contraseña. Todos los contratos internacionales los celebran localmente nuestras sucursales, lo que significa que no se plantean problemas debido a la falta de armonía de las legislaciones. Los contratos transfronterizos son tan importantes que se negocian cara a cara*." 7. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a las equivocaciones cometidas en las comunicaciones electrónicas? "*La cuestión de las equivocaciones plantea un problema que debe solucionarse tanto a nivel nacional como a nivel mundial*."
10.	Tailandia- empresa comercial	1. ¿Su empresa ya tiene experiencia en materia de contratación electrónica? "*No, no tenemos experiencia en materia de contratación electrónica debido*

		a la inseguridad jurídica y a que todavía no hemos tenido ocasión de llevarla a cabo.” 2 a 9.: La empresa tiene problemas en todas estas esferas y acogería con beneplácito la labor de armonización al respecto. 12.: ¿Un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa) sería útil para las empresas? “*Sí, sería muy útil*.” 13. Si se elaborara un marco normativo armonizado de esa índole, ¿convendría que se previeran normas separadas para la contratación electrónica o sería preferible que se aplicaran las mismas normas independientemente del medio utilizado (es decir, tanto para la contratación en línea como fuera de línea)? “*Estimamos que hay cierto número de factores que exigen que las normas aplicables a la contratación electrónica en línea y las relativas a la contratación electrónica fuera de línea sean distintas*.”
11.	Estados Unidos de América - banco importante	1. ¿Ha encontrado alguna dificultad (jurídica o práctica)? “*No, todavía es demasiado pronto para que puedan plantearse problemas*.” 2. y 3.: La empresa tiene problemas en todas estas esferas y acogería con beneplácito la labor de armonización al respecto. 4. ¿Plantea un problema el hecho de que la ley relativa a la incorporación de términos difiera de un país a otro? “*Sí, es un gran problema, principalmente cuando una firma electrónica se utiliza con el contrato (la ventaja del contrato electrónico está esencialmente vinculada a las firmas electrónicas). Por ejemplo, una firma electrónica ¿significa reconocimiento, acuerdo general informal o confirmación jurídica absoluta del contenido? Se necesita un medio mundial para determinar el contexto a pesar de las permutaciones lingüísticas y culturales*”. 5. a 9.: La empresa tiene problemas en todas estas esferas y acogería con beneplácito una labor de armonización al respecto. 10.: A su modo de ver, ¿se plantean problemas en la práctica con respecto a las cuestiones A a D que figuran más arriba? “*Por el momento no pero en general es difícil poner en marcha contratos y firmas electrónicos. No se empezará a utilizarlos en la práctica hasta que no se hayan solucionado algunas cuestiones fundamentales*”. 12.: ¿Un marco normativo armonizado a nivel nacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de Viena sobre la Compraventa) sería útil para las empresas? “*Sí*”. 13. Si se elaborara un marco normativo armonizado de esa índole, ¿convendría que se previeran normas separadas para la contratación electrónica o sería preferible que se aplicaran las mismas normas independientemente del medio utilizado (es decir, tanto para la contratación en línea como fuera de línea)? “*En realidad, las soluciones que se dieran a los problemas que se plantearan con respecto a los contratos en línea probablemente serían útiles para resolver también problemas latentes en el contexto fuera de línea. Sugiero que se realice un esfuerzo por elaborar normas adecuadas para el entorno en línea y que se verifique cómo funcionan esas normas cuando se aplican a las prácticas fuera de línea existentes*”. 14. ¿Cuáles son las cuestiones más urgentes relativas al comercio electrónico en general y a la contratación electrónica en particular de las que usted desearía que se ocuparan los gobiernos y las organizaciones

		internacionales? "*1.) La responsabilidad de los organismos certificadores. 2.) Los formatos de documentos estructurados y la sintaxis para evitar la confusión vinculada con el contexto en la aplicación de las firmas electrónicas*".
12.	Estados Unidos de América - multinacional	Observaciones generales: *"Acogemos con beneplácito tanto la iniciativa de la CNUDMI tendiente a la elaboración de normas jurídicas para la contratación electrónica como la iniciativa de la CCI de garantizar que ese importante proyecto refleje las realidades y prácticas comerciales. Antes de responder al cuestionario, queremos subrayar algunos aspectos clave que vale la pena examinar*: *-- La falta de uniformidad de las normas nacionales relativas a la contratación electrónica tal vez requiera armonización. No obstante, recomendamos que también se preste atención al reconocimiento recíproco de las normas nacionales en las esferas en que las divergencias no sean importantes. Al elegir el método de armonización adecuado, sería igualmente útil reflexionar acerca de la utilidad de los códigos de conducta.* *-- En la medida en que resulten necesarias normas nuevas o modificadas para tener en cuenta los aspectos especiales de las transacciones electrónicas, esas normas deberían ser internacionales debido a la naturaleza intrínsecamente mundial del comercio electrónico. Los esfuerzos internacionales y regionales (por ejemplo, la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa al derecho contractual europeo, 2001/C 255/01) con miras a promover una mayor seguridad deberían emprenderse conjuntamente, ya que de lo contrario las preguntas que se planteen las entidades que desarrollan actividades comerciales tanto dentro como fuera de determinada región podrían quedar sin respuesta.* *-- En toda transacción, ya sea entre dos empresas, entre una empresa y un consumidor, o entre una empresa y una entidad pública, la validez de las relaciones contractuales establecidas por medios electrónicos debe garantizarse jurídicamente. En un mercado cada vez más mundial, todas las partes en una transacción electrónica deben tener la seguridad de que el marco jurídico que rige las transacciones comerciales tradicionales se aplica también a las obligaciones contractuales asumidas por medios electrónicos.* *-- Muchas jurisdicciones aún no han tratado de una manera adecuada una serie de cuestiones como la de saber cómo se perfecciona un contrato por intermedio de una red en línea , qué constituye una firma en el entorno en línea, y si los contratos en línea son ejecutables y en qué medida. Esta situación crea inseguridad y hace que se cierna el peligro del incumplimiento de las obligaciones*." 1. ¿Le han solicitado sus proveedores/clientes/asociados que utilice medios electrónicos para celebrar contratos? "*Sí, principalmente los consumidores*." ¿Ha encontrado alguna dificultad (jurídica o práctica)? "*Desde un punto de vista general, hay un sentimiento predominante de incertidumbre jurídica. Más concretamente, los problemas más frecuentes se relacionan con la multiplicidad de jurisdicciones (incluido el acceso desde países sancionados); la protección de los datos personales (la eficacia del consentimiento en línea, la adhesión, etc.); y la eficacia del método click/shrink wrap en relación con determinadas disposiciones concretas de los países (por ejemplo, la aceptación expresa de cláusulas en*

		contratos normalizados en virtud del artículo 1341 del Código Civil italiano).” 2. A su modo de ver, ¿constituye un problema el hecho de que la medida en que usted está obligado por los mensajes electrónicos difiera de un país a otro? “*Sí*.” 3. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre formación de contratos electrónicos? “*Sí, por supuesto*.” 4. ¿Plantea un problema el hecho de que la ley relativa a la incorporación de términos difiera de un país a otro? “*Sí*.” 5. ¿Sería útil que se armonizaran las normas sobre incorporación de términos en los contratos electrónicos? “*Sí, sería muy útil*.” 6. ¿Constituye un problema a su modo de ver el hecho de que la ley relativa a las equivocaciones difiera de un país a otro? “*Pensamos que tal vez sería necesario investigar en qué medida el “tipo” de error es diferente en un contexto en línea y en un contexto fuera de línea y si efectivamente es diferente, determinar si son necesarias iniciativas técnicas o reglamentarias a ese respecto*.” 7. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a las equivocaciones cometidas en las comunicaciones electrónicas? “*Sí*.” 8. ¿Ha encontrado problemas debido a la falta de armonía internacional en la esfera del derecho probatorio con respecto a a) la prueba de que se ha celebrado un contrato, o b) el reconocimiento de las condiciones en base a las que se ha celebrado el contrato? “*Sí, principalmente con respecto a b)*.” 9. ¿Sería útil que se armonizaran las normas relativas a la prueba en el contexto de las transacciones electrónicas? “*Sí*.” 10. A su modo de ver, ¿se plantean problemas en la práctica con respecto a las cuestiones A a D que figuran más arriba? “*Sí*.” 12. ¿Un marco normativo armonizado a nivel internacional que rija la contratación electrónica (semejante al de la Convención de Viena sobre la Compraventa) sería útil para las empresas? “*Sí, aunque debería tenerse en cuenta el hecho de que la aplicación de la Convención de Viena se excluye prácticamente en todos los contratos*.” 13. Si se elaborara un marco normativo armonizado de esa índole, ¿convendría que se previeran normas separadas para la contratación electrónica o sería preferible que se aplicaran las mismas normas independientemente del medio utilizado (es decir, tanto para la contratación en línea como fuera de línea)? “*Los contratos electrónicos no difieren fundamentalmente de los contratos basados en papel. No obstante, el comercio electrónico no reproduce enteramente las modalidades de contratación que se utilizan en la formación de los contratos por medios tradicionales. Por lo tanto, si bien el esfuerzo de armonización con miras a eliminar los obstáculos jurídicos a la utilización de los modernos medios de comunicación tal vez no se concentre principalmente en cuestiones jurídicas sustantivas, podría resultar necesaria una adaptación de las normas tradicionales del derecho contractual para tener en cuenta las necesidades del comercio electrónico. En ese sentido, opinamos que deberían elaborarse normas que abordaran la especificidad del medio técnico. Por cierto, cabe mencionar el hecho de que es más probable que se logre un consenso con respecto a las prácticas electrónicas debido a su*

		novedad y a la falta de una tradición jurídica consolidada en esa esfera".
		14. ¿Cuáles son las cuestiones más urgentes relativas al comercio electrónico en general y a la contratación electrónica en particular de las que usted desearía que se ocuparan los gobiernos y las organizaciones internacionales? "*En general: a) Debería determinarse exactamente qué tipos de contrato quedarían abarcados; estimamos que no sería suficiente ocuparse únicamente de las ventas internacionales de bienes corporales, por lo que habría que tener en cuenta todo contrato celebrado o probado por medios electrónicos. b) Con respecto a la contratación electrónica en particular: la formación de los contratos (es decir, la oferta y la aceptación, la expresión del consentimiento, la recepción y el envío, el almacenamiento y la recuperación de las condiciones contractuales, los sistemas informáticos automatizados, el tratamiento de los errores); la prueba; el derecho aplicable; la solución de disputas y la jurisdicción competente (también en el contexto de las transacciones entre empresas)*".

V. GARANTÍAS REALES

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su primer período de sesiones (Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002) (A/CN.9/512) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-11	842
II.	Deliberaciones y decisiones	12	845
III.	Preparación de una guía legislativa sobre operaciones garantizadas	13-90	845
	Observaciones generales	13-14	845
Capítulo I.	Introducción	15-22	846
	A. Organización y alcance	15-20	846
	B. Terminología	21	847
	C. Ejemplos de prácticas de financiación	22	848
Capítulo II.	Objetivos clave	23-26	848
Capítulo III.	Prácticas básicas en materia de garantías reales	27-38	849
	A. Prenda	28-29	849
	B. Retención de la titularidad o reserva de dominio o de la posesión	30	849
	C. Garantías reales sin desplazamiento	31	850
	D. Garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales	32	850
	E. Transferencia de la titularidad	33	850
	F. Retención de la titularidad o reserva de dominio	34	851
	G. Garantía global uniforme	35	851
	H. Resumen y recomendaciones	36-38	851
Capítulo IV.	Creación	39-62	852
	A. Naturaleza accesoria de la garantía real	40	852
	B. Obligaciones que se han de garantizar	41-42	852
	C. Bienes que pueden gravarse	43-46	853
	D. Producto de los bienes gravados	47-50	854
	E. Acuerdo de garantía	51-56	855
	F. Otros requisitos para la constitución de una garantía real	57-60	857
	G. Resumen y recomendaciones	61-62	857
Capítulo V.	Publicidad	63-87	858
	A. Introducción	63-67	858
	B. Operaciones con reserva o transferencia de dominio y operaciones garantizadas	68-73	859

		Párrafos	*Página*
C.	Garantías reales consensuales y no consensuales	74-75	861
D.	Registro único y registros múltiples	76	862
E.	La notificación y la inscripción registral de documentos	77	862
F.	Momento de la inscripción registral	78	863
G.	Contenido de la notificación	79	863
H.	Coordinación entre registros generales de gravámenes y registros específicos de titularidad de bienes	80	863
I.	Inscripción registral y ejecución	81	863
J.	La desposesión del deudor como alternativa a la inscripción registral	82	863
K.	Notificación o control de terceros	83	863
L.	Validez frente a terceros de las garantías reales sin publicidad	84	864
M.	Validez frente a terceros de las garantías reales con publicidad	85	864
N.	Resumen y recomendaciones	86-87	864
Capítulo X.	Insolvencia	88-90	864
IV. Labor futura		91	865

I. Introducción

1. En su primer período de sesiones celebrado en Nueva York del 20 al 24 de mayo de 2002, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) inició su labor sobre la elaboración de "un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados"[1].

2. La decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de que se empezara a trabajar en el tema del régimen legal aplicable al crédito financiero garantizado se adoptó en respuesta a la necesidad de un régimen legal eficiente que eliminara todo obstáculo jurídico a la negociación de créditos garantizados y que pudiera, por ello, repercutir favorablemente en la oferta de crédito a menor costo[2].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre la eventual labor futura referente al régimen legal aplicable al crédito financiero garantizado (A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que el tema de las garantías reales era un tema importante que había sido señalado oportunamente a la Comisión, habida cuenta en particular de su estrecha vinculación con la labor de la Comisión sobre el régimen de la insolvencia. La opinión generalizada era que un régimen moderno del crédito

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 358.

[2] Ibíd., *Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 455, y *Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 347.

financiero garantizado mejoraría notablemente la disponibilidad de crédito a menor costo, lo que redundaría en provecho del comercio internacional. También se consideró que un régimen legal moderno en materia de crédito financiero garantizado podía reducir la desigualdad, en lo relativo a su acceso al crédito financiero a bajo costo, que se daba entre entidades comerciales, según estuvieran sitas en países desarrollados o en países en desarrollo, así como en su participación respectiva en los beneficios del comercio internacional. Sin embargo, se advirtió que para que resultara aceptable para los Estados, dicho régimen debía regular con equidad los créditos, según fueran de acreedores privilegiados, o de acreedores garantizados o no garantizados. Se señaló también que, habida cuenta de ciertas divergencias en la política legal interna de los Estados en este campo, sería aconsejable adoptar un criterio flexible que apuntara a preparar una serie de principios que se presentarían en el marco de una guía, y no de una ley modelo. Además, a fin de optimizar el resultado reportado por toda reforma del régimen legal aplicable, particularmente en orden a la prevención de crisis de índole financiera, así como a fin de reducir la pobreza de ciertas zonas y facilitar la financiación por vía de empréstitos como motor del crecimiento económico, se habrá de coordinar la labor que se emprenda en lo relativo a las garantías reales con la ya emprendida en lo relativo al régimen de la insolvencia[3].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó otro informe preparado por la Secretaría (A/CN.9/496) y convino en que se debía iniciar esa labor en vista del impacto económico favorable que tendría un régimen moderno en materia de crédito garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener efectos muy negativos en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que un marco jurídico eficaz y previsible tenía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, particularmente siempre que el sector financiero de un país atravesara una crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente en lo relativo a la ejecutoriedad de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a mitigar el deterioro de sus créditos mediante mecanismos de ejecución rápidos, y a fin de facilitar la reestructuración empresarial ofreciendo ciertas garantías que incentivaran la concesión de financiación provisional. A más largo plazo, un marco jurídico flexible y eficaz en materia de garantías reales podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. De hecho, sin facilidades de crédito a costo asequible, resulta imposible fomentar el crecimiento y la competitividad industrial y el comercio internacional, al impedir esa carencia que las empresas desarrollen todo su potencial[4].

5. Si bien se expresaron ciertas inquietudes con respecto a la viabilidad de trabajar en el campo del régimen legal aplicable al crédito financiero garantizado, la Comisión observó que esas inquietudes no eran generales, por lo que pasó a examinar el alcance de la labor que se emprendería[5]. Se opinó en general que la labor debería centrarse en las garantías reales constituidas sobre bienes que fueran objeto de actividades comerciales, particularmente de bienes que formaran parte de

---

[3] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 459.

[4] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 351.

[5] Ibíd., párrs. 352 a 354.

existencias inventariadas. Se convino asimismo en que no se trataran las garantías constituidas sobre valores bursátiles o sobre derechos de propiedad intelectual. Respecto de los valores bursátiles, la Comisión observó el interés manifestado al respecto por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). En lo relativo a la propiedad intelectual, se dijo que la labor en ese ámbito era menos necesaria y que las cuestiones suscitadas en ese campo eran sumamente complejas, por lo que toda labor al respecto debería coordinarse con las de otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[6]. Respecto de la forma que había de darse al texto que se preparara, la Comisión consideró que una ley modelo tal vez resultara un marco demasiado rígido, por lo que tomó nota de las sugerencias de que se presentara ese texto en forma de un juego flexible de principios enmarcados en una guía legislativa en la que se presentarían, de ser posible, disposiciones legales modelo[7]. Tras deliberar al respecto, la Comisión decidió encomendar dicha labor a un grupo de trabajo con el mandato de preparar un régimen legal eficiente de las garantías reales constituidas sobre bienes que fueran objeto de actividades comerciales, incluidos los bienes inventariados. Al insistir en la importancia de esta tarea y en la necesidad de consultar con representantes de los ramos industriales interesados y de los profesionales en este campo, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres jornadas de duración[8]. Ese coloquio se celebró en Viena los días 20 a 22 de marzo de 2002. El informe del coloquio figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.3.

6. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su primer período de sesiones del 20 al 24 de mayo de 2002 en Nueva York. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros de la Comisión: Alemania, Austria, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, México, Suecia y Tailandia.

7. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Australia, Belarús, Chipre, Ecuador, Filipinas, Indonesia, Jordania, Perú, Polonia, Portugal, República de Corea, Suiza y Venezuela.

8. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes organismos especializados y de otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones nacionales o internacionales: American Bar Association, Association of the Bar of the City of New York, Asociación Internacional de Puertos, Cámara de Comercio Internacional, Centro Nacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio, la Commercial Finance Association (CFA), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL international), la Federación Latinoamericana de Bancos, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la International Law Association, el Instituto Max-Planck de Derecho Extranjero y

[6] Ibíd., párrs. 354 a 356.
[7] Ibíd., párr. 357.
[8] Ibíd., párr. 359.

Derecho Internacional Privado, Unión de Confederaciones de Industria y Empleadores de Europa y Unión Internacional de Abogados.

9. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Kathryn Sabo (Canadá);

Relator: Abbas Saffarian (República Islámica del Irán).

10. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguiente documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.VI/WP.1);

b) Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add. 1 a 12);

c) Informe del Secretario General sobre el Coloquio internacional CNUDMI-CFA sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.3); y

d) Nota de la Secretaría acerca del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas; observaciones del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4).

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

12. El Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X del proyecto de guía. Las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran a continuación en el capítulo III del presente informe. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas deliberaciones y decisiones, preparara una versión revisada de los capítulos I a V y X del proyecto de guía.

III. Preparación de una guía legislativa sobre operaciones garantizadas

Observaciones generales

13. Se expresó apoyo general para la preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas. Se estimó en general que un régimen eficiente de las operaciones garantizadas podía ejercer un efecto positivo sobre la disponibilidad de crédito a tipos de interés asequibles. Se afirmó también que la labor de la Comisión era particularmente oportuna, dado que preparaba asimismo una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, con lo que podía proporcionar una orientación completa y armonizada a los Estados. Se hizo particular hincapié en la necesidad de velar por la armonía con los regímenes de la insolvencia, basarse en los textos

terminados por otras organizaciones y evitar la duplicación con los textos actualmente en curso de preparación en otras organizaciones. A este respecto, se recordó al Grupo de Trabajo, en particular, la necesidad de coordinar su labor con la del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), y la decisión de la Comisión de no ocuparse de las garantías reales sobre valores bursátiles o propiedad intelectual[9]. El Grupo de Trabajo señaló que el UNIDROIT había creado un grupo de estudio con el mandato de preparar reglas armonizadas acerca de la constitución de garantías sobre valores bursátiles, y expresó su deseo de que la Secretaría determinara la forma más eficiente de mantener una coordinación con el UNIDROIT (véanse también los párrafos 32 y 37 *infra*).

14. En cuanto a la forma de la obra, en respuesta a una pregunta que se planteó, se observó que una ley modelo o una convención serían demasiadas rígidas, mientras que una guía con recomendaciones legislativas resultaría un texto más flexible y, con todo, suficientemente útil. Se observó asimismo que, una vez se hubiera terminado el proyecto de guía, la Comisión podía estudiar la cuestión de preparar una ley modelo.

Capítulo I. Introducción

A. Organización y alcance

15. Si bien se expresó en general apoyo para que en el proyecto de guía se analizara la repercusión económica de la legislación sobre operaciones garantizadas, se estimó en general que no convenía sugerir que, aunque la legislación apropiada era condición necesaria para obtener cierto resultado económico, era en sí misma suficiente para conseguir ese resultado. A este respecto, se afirmó que debía hacerse mención, por ejemplo, de la infraestructura apropiada, el sistema judicial y los mecanismos de observancia necesarios para cerciorarse de que un Estado que promulgase legislación basada en el régimen previsto en el proyecto de guía (“Estado promulgante”) podría obtener los beneficios económicos a que se hace referencia en el proyecto de guía (por ejemplo, un mayor acceso a crédito en condiciones y con un costo apropiados).

16. Además, se observó que debía analizarse igualmente el costo de establecer y aplicar el régimen previsto en el proyecto de guía, por lo menos con miras a atender a las inquietudes que algunos Estados podían experimentar. Además, se dijo que había que hacer hincapié en los posibles efectos del régimen de las operaciones garantizadas (por ejemplo la prelación) sobre el régimen de la insolvencia, en particular en el caso del procedimiento de reorganización, y sobre la necesidad de velar por un equilibrio adecuado entre los intereses, por un lado, de deudores y acreedores y, por el otro, de los acreedores garantizados, quirografarios o no garantizados y privilegiados (véase además el párrafo 23 *infra*).

17. El Grupo de Trabajo convino en que había que describir más claramente el alcance del régimen previsto en el proyecto de guía. Se dijo que esa obra debía centrarse primeramente en las mercancías, incluso en las existencias, y ampliarse luego posiblemente, de ser necesario, a otros bienes, como los créditos, siempre que no resultaran afectadas las normas principales referentes a las garantías reales que gravasen esos bienes. Se observó también que, cuanto más completo fuese el régimen previsto en el proyecto de guía más valor tendría para los legisladores. Se

[9] Ibíd., párrs. 354 a 356.

dio el ejemplo de la importancia de ocuparse de las hipotecas de empresas, que podían comprender tanto bienes muebles como inmuebles. Como respuesta, se observó, sin embargo, que las garantías reales sobre bienes inmuebles suscitaban diferentes cuestiones que las que se planteaban en el contexto de las garantías reales que gravaban los bienes muebles, por lo que eran objeto de estatutos diferentes. También se dijo el hecho de que esas garantías reales fueran objeto de estatutos separados no planteaba ningún problema. Se afirmó, no obstante, que el tratar los bienes de una empresa en estatutos separados podría plantear problemas de ejecución y complicar la venta de la empresa como negocio en marcha. A ese respecto, se dijo que, tanto si el régimen previsto en el proyecto de guía se aplicaría a las garantías reales sobre inmuebles como si no, el proyecto de guía necesitaba informar a los Estados promulgantes de la necesidad de velar por que la legislación sobre las operaciones garantizadas no se solapase ni entrase en conflicto con el resto de la legislación.

18. Se expresaron diferentes opiniones sobre si el régimen contemplado en el proyecto de guía debía ocuparse también de las operaciones de consumidores. Un parecer fue que las operaciones de consumidores debían ser completamente excluidas. Se afirmó, no obstante, que, si se adoptaba ese tipo de enfoque, habría que explicarlo en el proyecto de guía. Otra opinión fue que las operaciones de consumidores debían ser tratadas, siempre que no resultasen afectados los derechos de los consumidores conforme al derecho aplicable en materia de protección de éstos. Se observó que ese resultado podría lograrse sometiendo las operaciones de consumidores a las mismas normas aplicables a las operaciones comerciales, introduciendo excepciones sólo cuando fuera necesario para proteger los derechos de los consumidores conforme al derecho promulgado para su protección.

19. En el debate, se formuló también la sugerencia de que el proyecto de guía debía analizar más en detalle el problema del reconocimiento transfronterizo de las garantías reales nacionales que en muchos casos se perdían efectivamente una vez los bienes gravados eran transportados a través de las fronteras nacionales.

20. El Grupo de Trabajo tomó nota de las sugerencias hechas y, en el entendimiento de que tal vez tuviera que replantearse las cuestiones relacionadas con alcance de la futura labor, en el contexto de su examen de las cuestiones de fondo, pidió a la Secretaría que se ocupara de ellas en la próxima versión del proyecto de guía.

B. Terminología

21. Hubo acuerdo en que sería más útil examinar la terminología cuando las cuestiones de fondo abordadas en cada definición fueran tratadas en el proyecto de guía. No obstante, se formularon varias sugerencias, concretamente la de limitar la definición de “deudor” a los deudores comerciales (véase el párrafo 18 *supra*); en la definición de “bienes gravados”, hacer referencia a los bienes inmuebles, y no únicamente en el contexto de las hipotecas empresariales. A este respecto, se expresó el temor de que con ese criterio se ampliara indebidamente el alcance del proyecto de guía (véase el párrafo 17 *supra*).

C. Ejemplos de prácticas de financiación

22. El Grupo de Trabajo tomó nota de la lista de ejemplos de prácticas de financiación enunciadas en el proyecto de guía y convino en examinar ulteriormente

la posibilidad de ampliar esa lista y de insertarla en el capítulo I o en otra parte del proyecto de guía.

Capítulo II. Objetivos clave

23. Se apoyó ampliamente la idea de enunciar una declaración general del tenor del capítulo II referente a los principales objetivos prácticos del régimen previsto en el proyecto de guía. Al mismo tiempo se formularon varias sugerencias, concretamente la de referirse a un valor "equitativo" en vez de "máximo", en el objetivo A; hacer referencia, en el objetivo C, al valor de los sistemas de inscripción en un registro; en el objetivo E, revisar la afirmación de que los procedimientos judiciales podían ser lentos, ya que tal afirmación tal vez no reflejara correctamente la situación de todos los países y, en cualquier caso, había muchos países en que existían procedimientos acelerados; agregar un nuevo objetivo referente a la necesidad de proteger los intereses de los deudores; dejar mayor constancia de las repercusiones que tenía la legislación relativa a las operaciones garantizadas en la disciplina de los proveedores de crédito y en la gestión empresarial; aclarar en el objetivo H que había otros modos de promover comportamientos responsables, y no únicamente la transparencia, dado que los deudores tal vez no desearan revelar detalles sobre sus operaciones de financiación; y añadir otro objetivo referente a la necesidad de proteger los intereses de diversos tipos de acreedores (por ejemplo, los acreedores garantizados, no garantizados y privilegiados, en el contexto de procedimientos de insolvencia o al margen de ellos; los acreedores a largo plazo y a corto plazo).

24. Se sugirió que, además de compaginarse los intereses de los deudores y los acreedores, así como entre diversos tipos de acreedores, habría que lograr también un equilibrio entre los diversos objetivos como, por ejemplo, entre la simplicidad y la transparencia o entre una ejecución rápida y el equilibrio entre los derechos de todas las partes. En cuanto a la autonomía de las partes, se dijo también que podía tener que estar limitada en un régimen referente a los derechos reales que, por definición, podía afectar a los derechos de terceros. También se puso de relieve la necesidad de tener en cuenta los objetivos en función de las principales operaciones de financiación.

25. Con respecto a la inscripción registral, si bien se acordó que era un concepto útil que convenía examinar, se sostuvo que no era un objetivo sino que más bien consistía en un medio para lograr uno o más objetivos. También se hizo referencia a los estudios realizados por el Banco Asiático de Desarrollo, en los que se ponía de relieve la importancia económica de los sistemas de inscripción registral, así como a proyectos de diversos países asiáticos encaminados a introducir tales sistemas.

26. En el entendimiento de que tal vez habría que volver a examinar los objetivos clave en el contexto de las deliberaciones sobre capítulos subsiguientes, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que los revisara teniendo en cuenta las sugerencias formuladas y las opiniones expresadas.

Capítulo III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

27. Se dijo que debería decirse claramente desde el principio del capítulo III que su texto tenía por finalidad indicar las prácticas básicas seguidas en materia de garantías reales, así como las ventajas y desventajas de cada una de ellas y las opciones que tenía ante sí el legislador.

A. Prenda

28. El Grupo se mostró favorable a que se examinaran las ventajas y los inconvenientes de la prenda tanto para el deudor como para el acreedor garantizado. Se observó que deberían mencionarse asimismo las ventajas que las garantías constituidas en forma de prenda suponían para terceros, particularmente al minimizar el riesgo de fraude. Respecto de la responsabilidad del acreedor garantizado con desplazamiento de la posesión (por ejemplo, por toda contaminación eventual del medio ambiente), se dijo que el proyecto de guía debería examinar en más detalle toda norma legal actual por la que se exonerara al acreedor de su responsabilidad en supuestos en los que el bien gravado no obrara bajo su control efectivo, y que se formulara una recomendación en ese sentido. Se observó que si no se le exoneraba de esa responsabilidad, el acreedor tendría que asegurarse contra ese riesgo, traspasando dicho gasto al deudor, lo que elevaría notablemente el costo de la operación.

29. Respondiendo a la pregunta de si el acreedor y el titular de la garantía real, o tenedor o depositario del bien gravado, podían ser dos personas distintas, se observó que un mandatario o fiduciario del acreedor podía ser el titular de la garantía constituida sobre el bien gravado, o tenedor de dicho bien, en nombre del acreedor garantizado, sin que esa persona pasara a ser acreedor garantizado. Se convino en que este punto podría ser debidamente explicado en el proyecto de guía.

B. Retención de la titularidad o reserva de dominio o de la posesión

30. Se expresó apoyo por que se examinara en el proyecto de guía la reserva de dominio o retención de la titularidad del bien negociado por una parte en un contrato cuya contraparte contractual no cumpliera con sus obligaciones, conforme a una práctica reconocida, a título de garantía, en algunos ordenamientos. Ahora bien, se expresaron ciertas inquietudes respecto a la formulación actual de estas cuestiones en el proyecto de guía. Una de esas inquietudes fue la de que no se indicaba con la claridad debida si ese derecho de reserva de dominio era de índole legal o consensual, ya que en el primer supuesto ese derecho no debería ser objeto del proyecto de guía, mientras que en el segundo debería ser abordado en ella. Otra inquietud fue la de que se presentara esa reserva de dominio o retención de la titularidad como un derecho real, pese a tratarse de un derecho de origen contractual, aun cuando se facultara a su titular para vender el bien constituido en objeto de ese derecho. Otra inquietud fue la de que no se examinara su prelación respecto del pago, por ser éste un aspecto de suma importancia en el contexto de las garantías reales. Se expresó además la inquietud de que la presentación actual de este derecho pudiera ser interpretada en el sentido de que facultaba a una de las partes a vender el bien sin autorización judicial, en supuestos en los que esa autorización fuera necesaria.

C. Garantías reales sin desplazamiento

31. Si bien se estimó oportuno que se procediera al examen de las garantías reales no posesorias o sin desplazamiento de la posesión, se formularon diversas sugerencias y concretamente que: se ampliara la descripción de las garantías reales sin desplazamiento para no dar la impresión de que se trataba de un tema nuevo o desconocido en la tradición jurídica de diversos países de derecho romano; se examinara la publicidad como remedio frente al riesgo de enriquecimiento injusto inherente a las garantías reales sin desplazamiento, así como para facilitar datos a terceros (y a los administradores de la insolvencia), que les permitieran evaluar el riesgo eventual de impago; se abordara la cuestión de si el acreedor garantizado gozaba de iguales derechos cuando se modificaran en algo los bienes objeto de una garantía real constituida sobre todos los bienes (garantía real global y "gravamen flotante" o constituido sobre una masa circundante); se hiciera referencia a la Ley Modelo Interamericana sobre las Operaciones Garantizadas de la Organización de Estados Americanos (OEA), por tratarse de una ley sobre las garantías reales con o sin desplazamiento de la posesión; y que se insistiera en que la regulación de las garantías reales con y sin desplazamiento, caso de efectuarse por separado o en leyes distintas podría dar lugar a incoherencias y a falta de transparencia en su regulación, así como a lagunas legales. Se sugirió, a ese respecto, que ese asunto se examinara más a fondo, ya que en el derecho interno de muchos Estados las garantías reales sin desplazamiento estaban reguladas por leyes especiales.

D. Garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales

32. En respuesta a una pregunta, se observó que el proyecto de guía examinaba el tema de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, ya que, de conformidad con los objetivos básicos de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas, se partía de la hipótesis de que su alcance debería ser lo más amplio posible. Se dijo que si bien convenía debatir en algún momento la cuestión de si se incluiría o no en el nuevo régimen las garantías reales constituidas sobre determinadas categorías de bienes inmateriales, el Grupo de Trabajo debería centrar su labor en las garantías constituidas sobre bienes corporales, y en particular sobre existencias inventariadas. Se observó a ese respecto que se habrían de examinar los bienes inmateriales por razón de su valor económico y de su importancia en el marco de las garantías reales constituidas sobre todos los bienes de una entidad, también llamadas hipotecas de empresa. Se observó además que se habría de prestar particular atención a ciertos bienes inmateriales, como los créditos por cobrar y el producto de la enajenación de bienes o mercancías. Se insistió también en la necesidad de coordinar la labor emprendida con la de otras organizaciones, complementándola en lo posible (véanse también los párrafos 13 *supra* y 37 *infra*).

E. Transferencia de la titularidad

33. Las opiniones coincidieron en general en que la cuestión de la transferencia de la titularidad estaba bien tratada en el proyecto de guía. Sin embargo, se formularon varias sugerencias, concretamente para que se aclarara que el concepto de transferencia de titularidad había nacido con la finalidad de eludir la prohibición de los derechos reales de garantía sin desplazamiento de la posesión o las dificultades que planteaban tales derechos y que tal transferencia no era tan necesaria en los

ordenamientos que disponían de regímenes modernos para los derechos sin desplazamiento; que se abordara la cuestión de si los bienes sujetos a un mecanismo de garantía con transferencia de titularidad formaban parte del patrimonio de la insolvencia del otorgante; y que se pusiera de relieve el hecho de que la transferencia de titularidad era objeto de menos requisitos formales.

F. Retención de la titularidad o reserva de dominio

34. Se apoyó la forma en que se había tratado la cuestión de la retención de la titularidad en el proyecto de guía. Se afirmó que para los administradores de la insolvencia la determinación de si la retención de la titularidad era un derecho real de garantía entrañaba notables dificultades y gastos. Por consiguiente, se sugirió que el proyecto de guía hiciera una importante contribución a la práctica recomendando que la retención de la titularidad se considerara un derecho real de garantía. Sin embargo, el Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión sobre si los acuerdos de retención de titularidad debían considerarse ventas condicionales u operaciones financieras garantizadas.

G. Garantía global uniforme

35. Las opiniones coincidieron ampliamente en que en el proyecto de guía debían examinarse los dos enfoques que se seguían en los ordenamientos jurídicos para regular el derecho de garantía uniforme sobre todos los tipos de bienes. Se afirmó que uno de los enfoques consistía en suprimir todos los derechos reales de garantía existentes y en introducir una nueva garantía que pudiera constituirse sobre todos los tipos de bienes. Respecto de los acuerdos de titularidad, se observó que, en el enfoque mencionado, estos acuerdos podían determinarse y tratarse del mismo modo que los derechos reales de garantía. El segundo enfoque, que, según se dijo, era el que se examinaba en el proyecto de guía, preveía que, en vez de constituirse un nuevo derecho real de garantía, los equivalentes funcionales de un derecho real de garantía estuvieran sujetos a las mismas normas.

H. Resumen y recomendaciones

36. El Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto la sección titulada “resumen y recomendaciones”, en el entendimiento de que sería reestructurada de forma que constituyera un resumen con algunas conclusiones provisionales sujetas a examen, pues en la fase actual aún era prematuro formular recomendaciones. Se sostuvo que era apropiado que en este capítulo se enunciaran los distintos mecanismos de garantía y se indicaran sus ventajas e inconvenientes, así como las diversas opciones que tenían los legisladores. También se convino en que el capítulo fuera lo más amplio posible sin especificar la forma en que pudieran ponerse en práctica los distintos enfoques. También se señaló que el proyecto de guía no debería limitarse a describir las prácticas existentes sino que debería enunciar claras recomendaciones.

37. En cuanto al derecho a retener la posesión, se opinó que habría que hacer referencia a la prelación de la parte que tuviera un derecho de retención. Con respecto a los derechos reales de garantía sin desplazamiento, se observó que era una cuestión que, en el caso de la insolvencia, debía tratarse con cierto detalle.

Respecto de los bienes inmateriales, se señaló que si bien algunos tipos de bienes de esta índole (como los créditos a cobrar y el producto de los bienes) debían entrar en el ámbito del proyecto de guía, convenía dejar de lado otros tipos de bienes inmateriales (como los valores bursátiles y los derechos de propiedad intelectual) por varias razones: para centrarse en el régimen de los derechos de garantía sobre bienes, para eludir la complejidad de las cuestiones relativas a los derechos de garantía sobre valores bursátiles, para poder utilizar eficientemente los recursos del Grupo de Trabajo de modo que éste pudiera concluir su labor en un plazo razonable, y también para evitar la duplicación de esfuerzos con otras organizaciones (véanse también los párrafos 13 y 32 *supra*).

38. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo III del proyecto de guía teniendo en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas.

Capítulo IV. Creación

39. Se afirmó que la presentación del contenido del capítulo en la introducción era útil para el lector y debía pensarse en adoptarla también para otros capítulos. Se observó asimismo que habría que analizar los tipos de deudores y acreedores que debían considerarse. Se expresó apoyo para el principio que las operaciones garantizadas estarían sometidas a las normas sobre insolvencia relativas a la anulación de las operaciones preferentes, sin contravalor adecuado y fraudulentas.

A. Naturaleza accesoria de la garantía real

40. Se sugirió que el debate del principio de la naturaleza accesoria de una garantía real tenía que revisarse para dejar en claro que una garantía real era siempre accesoria frente a la obligación garantizada, en el sentido de que la validez y condiciones de la garantía real dependían de la validez y las condiciones de la obligación garantizada, incluso en operaciones de crédito rotatorio.

B. Obligaciones que se han de garantizar

41. Se formularon varias sugerencias, concretamente que se revisara el análisis de las obligaciones monetarias y no monetarias a fin de evitar toda discriminación contra las obligaciones no monetarias; que se aclarara que una garantía real que respaldaba una obligación futura no podía ser ejecutada, más que no ser efectiva, antes de que naciese realmente la obligación; que se puntualizara que algunos sistemas modernos exigían que las partes fijaran un límite máximo a la obligación que se había de garantizar, mientras que otros no lo exigían.

42. Se expresaron opiniones divergentes sobre si el proyecto de guía debía recomendar que se fijara un límite máximo para la obligación garantizada. Según una de las opiniones, tal límite hacía posible que el deudor usara sus bienes para obtener crédito de otra parte. Se observó que el asunto era tratado en el proyecto de guía (cantidades fluctuantes y descripción de la obligación garantizada) con la presentación de dos opciones. Una era admitir la determinación de la cantidad de la obligación garantizada de manera general y la otra opción era permitir una garantía para todas las cantidades. Según otro parecer, esta cuestión debía verse en un

contexto práctico y analizar las ventajas e inconvenientes de las diferentes opciones. Se explicó que, a menos que se pudiera evaluar con cierta precisión el bien gravado (como ocurría, por ejemplo, con la propiedad inmueble), los límites máximos no eran útiles. En esos casos, el beneficio que se derivaría para el deudor de hacer posible que usara sus bienes para obtener garantías de otro acreedor podía no superar los beneficios dimanantes para el deudor de no fijar ningún límite para la cantidad de la obligación garantizada (por ejemplo, la obtención de una mayor cantidad de crédito a un costo inferior que el que sería posible de otro modo). Se convino en que el asunto necesitaba ser analizado más a fondo en el contexto del debate sobre los capítulos V (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párrs. 35 a 37) y VI (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, párrs. 11 y 12). Se convino igualmente en incluir en el capítulo IV referencias cruzadas a esos capítulos.

C. Bienes que pueden gravarse

43. Con respecto a posibles limitaciones, se opinó que debían estudiarse los dos enfoques posibles (cuando los bienes no pudieran ser gravados en absoluto o cuando pudieran ser gravados sólo hasta cierta cantidad). Se sugirió asimismo que el proyecto de guía tenía que aclarar si era el bien lo que se gravaba o el derecho del otorgante sobre el bien. A ese respecto, se explicó que el proyecto de guía se basaba en el supuesto de que la garantía real gravaba la propiedad del otorgante sobre el bien y no el bien en sí. Se explicó además que el proyecto de guía analizaba también la posibilidad de que el otorgante creara una garantía real sobre un bien que no perteneciera al otorgante o del cual éste no pudiera disponer en el momento de la constitución de la garantía real (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párrs. 48 a 51). Se expresó alguna duda sobre si la garantía real gravaba el derecho del otorgante o el bien mismo. El Grupo de Trabajo acordó volver a tratar ese asunto.

44. Se expresó apoyo para permitir que la garantía se constituyera sobre bienes no existentes en el momento de la celebración del acuerdo de garantía (“bienes futuros”) así como sobre bienes adquiridos después de esa celebración (“bienes adquiridos posteriormente”). Se afirmó también que una descripción, como “todos los bienes”, sería suficiente.

45. Con respecto a la garantía real sobre todos los bienes de una empresa (“gravamen flotante”), se dijo que había que analizarla más en detalle, con particular referencia al concepto de “cristalización” de la garantía respecto de bienes en particular. Se observó asimismo que una garantía sobre todos los bienes no era equivalente a una hipoteca de empresa, porque entre otras cosas, ésta última podía comprender también bienes inmuebles (la ejecutoriedad estaba sometida a las mismas normas pero no a la inscripción en el registro). Con respecto a la ventaja que presentaba una hipoteca de empresa, mencionada en el proyecto de guía (es decir, el nombramiento de una administrador en el momento de la ejecución), se observó que, en la práctica, no siempre resultaba ser una ventaja, dado que los administradores nombrados por acreedores garantizados tendían a favorecer a éstos en detrimento de los demás acreedores. También se señaló que estudios recientes en algunos países demostraban que las hipotecas de empresa tal vez no eran tan ventajosas como se había pensado en un principio, dado que los bancos no supervisaban los bienes contribuyendo con ello a la conservación de un negocio, a la vez que no tenían interés en participar activamente en el procedimiento de reorganización, dado que estaban plenamente garantizados. Tras el debate, se acordó

analizar más en detalle la relación entre una garantía real sobre todos los bienes y una hipoteca de empresa.

46. En cuanto a la cuestión de la sobrepignoración que se planteaba en algunos ordenamientos jurídicos como resultado de una garantía real sobre todos los bienes o de una hipoteca de empresa, se manifestó que debía estudiarse de forma más equilibrada para poner de relieve tanto las ventajas como los inconvenientes de una garantía sobre todos los bienes. Una de las ventajas mencionadas, por ejemplo, fue la reducción del costo de supervisar los bienes gravados. Un inconveniente mencionado fue que derivaba en el problema del banquero único, a saber, que el deudor se veía obligado a obtener crédito únicamente del banquero al que el deudor había dado una garantía real sobre todos los bienes. Como respuesta, se dijo que eso podía no ser un problema real, dado que en la práctica había una viva competencia y el deudor podía refinanciar su deuda. Por otro lado, se observó que esa refinanciación tenía un cierto costo. Se afirmó, empero, que ese costo no era el resultado de la garantía real sobre todos los bienes sino que era inherente a toda refinanciación. Se observó asimismo que el hecho de que el deudor tuviera garantía de otra parte dependía de la relación entre el valor de sus bienes y la cantidad de la obligación garantizada.

D. Producto de los bienes gravados

47. Se expresaron diversos pareceres sobre si cabía agrupar al producto y a los frutos de los bienes gravados en el concepto de producto, sometiéndolos a unas mismas reglas. Según uno de los pareceres expresados los frutos y el producto constituían dos nociones distintas que no cabía someter a unas mismas reglas. Según otro parecer esa distinción era a menudo difícil de establecer y, por lo demás, no procedía someter al producto y a los frutos a diversas reglas en vista de la relación que unos y otros guardaban con el bien inicialmente gravado. Para aclarar esa relación se dijo que el pago de dividendos afectaría necesariamente al valor del bien originariamente gravado (es decir, las acciones de una sociedad). Para conciliar ambos pareceres, se sugirió que si bien cabía salvaguardar la distinción terminológica, tanto el producto como los frutos del bien gravado deberían ser tratados como bienes dependientes del bien gravado.

48. Una solución generalmente aceptada fue la de reconocer legalmente que el acreedor garantizado gozaba de un derecho automático sobre el producto del bien gravado. Se dijo que esa regla legal sería de índole supletoria, por lo que sería aplicable a falta de toda estipulación en contrario de las partes. Se sugirió que se mencionase asimismo otra solución posible, consistente en que las partes convinieran en extender el alcance eventual de la garantía real, permitiendo que recayera, por ejemplo, en bienes inventariados, créditos por cobrar, títulos negociables y fondos en metálico. Esa solución sería posible en todos aquellos ordenamientos que permiten la constitución de una garantía real sobre todos los tipos de bienes de una entidad, incluidos sus bienes futuros o adquiridos ulteriormente. Se observó al respecto que, en ese supuesto, la garantía estaría constituida sobre los bienes originariamente gravados conforme se hubieran descrito en el acuerdo de garantía, por lo que no sería una garantía que se extendiera al producto del bien gravado. Se respondió que cabía considerar diversos enfoques con tal de que la solución ofrecida resultara práctica y aceptable, sin perder de vista que el régimen propuesto en el proyecto de guía debería enunciar un orden de prelación

claro respecto del producto del bien gravado (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 51 a 59).

49. El Grupo de Trabajo convino en general en que las cuestiones mencionadas en el proyecto de guía respecto del producto (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párr. 33) eran oportunas, por lo que pidió a la Secretaría que buscara soluciones prácticas al respecto, explicando las ventajas y los inconvenientes de cada una de ellas. Se insistió, en particular, en que se dilucidara si el derecho al producto era de la misma índole que la garantía real (es decir, un derecho real) o si había de ser considerado como un nuevo derecho (es decir, de índole personal), así como en que se determinara el momento en que el producto pasaba a ser "identificable" como tal.

50. Se expresó la inquietud de que la referencia que se hacía a la publicidad como medida protectora de terceros, que tal vez calculen con la disponibilidad del producto de los bienes originariamente gravados, pudiera dar indebidamente la impresión de que no existía ningún otro medio de proteger a terceros. Se observó, a ese respecto, de que una de las hipótesis básicas del proyecto de guía era la de que la publicidad era la medida más eficiente que cabía adoptar para amparar a terceros, particularmente en el supuesto de garantías reales sin desplazamiento o sin entrega de la cosa. Se observó además que el Grupo de Trabajo había recibido el mandato de preparar un régimen legal eficiente para las garantías reales constituidas sobre bienes corporales[10] y no el de recoger información para presentar todas las soluciones posibles, con independencia de si funcionaban o no en la práctica.

E. Acuerdo de garantía

51. Respecto de las partes en un acuerdo de garantía, se sugirió que se mencionara además el supuesto de un tercero que fuera el tenedor de hecho del bien gravado. Se objetó a esa sugerencia que ese tercero estaría actuando en calidad de mandatario o agente del acreedor garantizado, y no en nombre propio.

52. Respecto del contenido mínimo de todo acuerdo de garantía, se dijo que convendría reducir los requisitos impuestos, dado que la ausencia de uno de ellos invalidaría el acuerdo. Se dijo asimismo que esa reducción sería conforme al objetivo clave de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas, consistente en facilitar la constitución de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente. Se mencionó, en particular, el requisito de la firma del garante, que presuponía la forma escrita del acuerdo, lo que no era siempre necesario. Se observó además, a ese respecto, que no estaba claro por qué no se exigía igualmente la firma del deudor. También se dijo que cabía prevenir a los acreedores garantizados sobre las posibles consecuencias de que faltara alguno de los requisitos mencionados en su acuerdo, sin incitar indirectamente a los tribunales a buscar motivos para invalidar dichos acuerdos.

53. Si bien hubo acuerdo general sobre la conveniencia de reducir al mínimo las formalidades, se expresaron diversos pareceres con respecto al requisito de la forma escrita para la validez de un acuerdo de garantía. Según uno de ellos, la forma escrita no debía imponerse como requisito para la validez del acuerdo de garantía. Se dijo que, en lo concerniente a las partes en el acuerdo, el escrito desempeñaba

[10] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 358.

una función probatoria y de prevención general o cautela, mientras que, frente a terceros, el escrito cumplía una función de prevención del fraude. Se observó, a ese respecto, que las partes en operaciones financieras modernas no necesitaban dicha prueba del acuerdo ni ninguna advertencia de su gravedad, pues esa función o funciones correrían por cuenta de otros medios. Respecto de los terceros, se observó que cabía ampararlos frente a toda tentativa fraudulenta de antedatar el acuerdo, exigiendo alguna forma de publicidad al respecto. Se observó, no obstante, que el escrito sería necesario, cualquiera que fuera la forma de publicidad elegida. Si se optaba por un registro de documentos, dicho acuerdo habría de ser presentado por escrito para su inscripción en el registro. Si se optaba por un registro de notificaciones, el escrito seguiría siendo necesario ya que la notificación verbal no bastaría para probar la validez del acuerdo de garantía.

54. Según otro parecer ese requisito debería ser únicamente exigible respecto de las garantías reales de índole no posesoria o sin desplazamiento de la cosa. Se observó que la posesión o tenencia del bien gravado por el acreedor garantizado bastaba para cumplir la función del escrito (es decir, dar prueba de la garantía y prevenir a terceros frente a toda tentativa fraudulenta de antedatarla). Según otro parecer conexo el escrito no sería requerido como prueba del acuerdo entre las partes sino únicamente en el supuesto de que dicho acuerdo fuera cuestionado por un tercero. Se dijo que el enfoque sugerido partiría de una clara distinción entre el requisito de publicidad y el requisito de un escrito, cualesquiera que fueran los efectos atribuibles al escrito frente a terceros.

55. Según otro parecer contrario, la forma escrita sería necesaria no sólo entre las 55 partes en el acuerdo de garantía sino también frente a terceros. Se dijo que la forma escrita era a menudo requerida, particularmente para las operaciones bancarias y para operaciones efectuadas con clientes o consumidores. Se observó asimismo que independientemente de si se exigía o no la forma escrita para la validez inter partes del acuerdo, esa forma era indispensable para recurrir a la vía ejecutoria, así como para la aceptación de la validez del acuerdo en el marco de la insolvencia. Se observó, no obstante, que, caso de introducirse el requisito de la forma escrita, se habría de examinar cuidadosamente su efecto sobre ciertas operaciones informales que conllevaban, por ejemplo, pactos de reserva de dominio, enunciados a menudo únicamente en las condiciones generales del vendedor. Se respondió a ese respecto que, en ausencia de un escrito, no se reconocería ningún pacto de reserva de dominio en el marco de un procedimiento de insolvencia, ni siquiera en países donde no se exigiera la forma escrita para la validez inter partes de dichas operaciones.

56. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el examen, efectuado en el proyecto de guía, del acuerdo de garantía, con miras a recoger en su texto las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas. En cuanto al requisito de la forma escrita, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara las ventajas y los inconvenientes de las diversas soluciones, estableciendo toda distinción que fuera necesaria entre garantías reales con y sin desplazamiento de la cosa.

F. Otros requisitos para la constitución de una garantía real

57. Se observó que en muchos ordenamientos no bastaba con un acuerdo de garantía para constituir una garantía real. Habían de satisfacerse otros requisitos. Por ejemplo, el otorgante debería ser propietario del bien constituido en garantía (o gozar de algún otro derecho real al respecto); en el supuesto de una garantía real con desplazamiento, el bien constituido en garantía había de ser entregado al acreedor garantizado; en el supuesto de una garantía real sobre bienes corporales, pero sin desplazamiento, se exigiría cierto requisito de publicidad al respecto; en el supuesto de una garantía real sin desplazamiento sobre bienes inmateriales, el acreedor garantizado debería obtener un derecho de control al respecto.

58. Se sugirió que se examinara más en detalle la cuestión de si el otorgante de la garantía había de ser propietario del bien gravado o si cabría que el titular de un derecho real de menor rango otorgara una garantía real sobre dicho bien. Respondiendo a una pregunta, se explicó que un acreedor podía adquirir de buena fe una garantía real aun cuando el otorgante no fuera propietario del bien gravado y no gozara de un derecho de disposición al respecto, con tal de que dicho acreedor hubiera concedido un crédito o se hubiera comprometido a hacerlo.

59. Se expresó cierta reserva respecto a la utilización del término “posesión” ya que suponía que la persona en cuyo poder obrara el bien poseído actuaba a título de propietario o gozaba de algún otro derecho real sobre dicho bien. A fin de responder a esa inquietud, se observó que, si bien era correcto emplear el término “posesión” en inglés, cabría recurrir en otros idiomas al empleo del término “tenencia”.

60. Respecto a la tenencia, publicidad o control del bien gravado, se dijo que tal vez fuera necesario aclarar que la tenencia de la cosa era únicamente importante para las garantías reales con desplazamiento de la cosa, mientras que la publicidad era importante para las garantías reales sin desplazamiento (sobre bienes corporales) y el control del bien gravado era importante para las garantías reales sin desplazamiento (sobre bienes inmateriales).

G. Resumen y recomendaciones

61. Se observó que la recomendación respecto de las categorías de obligaciones que podrían ser garantizadas y las categorías de bienes que cabría constituir en garantía no se ocupaba ni de los límites aplicables al importe garantizable de una obligación ni de las garantías reales constituidas sobre todos los bienes de una entidad. Se observó asimismo que la recomendación relativa a las garantías constituidas sobre un producto identificable como tal, reflejaba un principio enunciado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. A reserva de estas observaciones, las recomendaciones examinadas fueron objeto de apoyo generalizado. Respecto de la recomendación relativa a los requisitos de forma, se convino en revisarla a fin de reflejar en ella las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre este asunto.

62. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo IV a la luz de los pareceres expresados de las sugerencias formuladas.

Capítulo V. Publicidad

A. Introducción

63. Se expresaron diversos pareceres acerca de la necesidad de un sistema de publicidad para las garantías constituidas sobre bienes muebles. Según uno de esos pareceres ese sistema de publicidad no era necesario. Se dijo, al respecto, que en economías dominadas por el crédito, las partes debían saber que era probable que los bienes estuvieran gravados o que fueran objeto de algún dispositivo de cuasigarantía (por ejemplo, reserva de dominio, y arriendo financiero o con opción de compra). Se observó que la información suministrada por un registro de gravámenes, conforme a lo previsto por el proyecto de guía, sería o demasiado abundante, lo que daría lugar a cuestiones de confidencialidad o de competencia desleal, o demasiado sucinta, lo que podría restarle utilidad. Respecto de la confidencialidad se observó que, a fin de preservarla, muchos países se habían abstenido de introducir un registro de gravámenes o cualquier otro sistema de información general en materia crediticia o de la propiedad. Se dijo que, de ser alguno de esos países un destinatario eventual de la guía, convendría que se examinaran en su texto las ventajas e inconvenientes de cada sistema de publicidad previsto. Se dijo además que un registro de gravámenes resultaría muy costoso de establecer y mantener en funcionamiento, lo que elevaría el costo de las operaciones. Se observó también que la versión actual del proyecto de guía no respetaba el equilibrio debido en materia informativa, al no presentar alternativas válidas al sistema de publicidad basado en un registro. Entre las alternativas mencionadas, cabía citar la información disponible en los estados financieros de una empresa o en su documentación comercial, o en la documentación contable del sistema bancario local (véase A/AC.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párr. 44).

64. Prevaleció, no obstante, el parecer de que un sistema de registro constituía un elemento esencial de todo régimen moderno y eficiente de las operaciones garantizadas. Se dijo que ese sistema constituía una réplica de la publicidad ofrecida por la posesión o tenencia de un bien y estaba inspirado en un principio universal de publicidad y transparencia. Se observó además que ese sistema no revelaba información confidencial y era provechoso para todas las partes interesadas: para el deudor, porque le daba acceso a crédito obtenido a menor costo y con mayor rapidez que en lugares donde no existiera información sobre la situación de los bienes del deudor; para los acreedores, porque les permitía otorgar crédito con relativa certeza en cuanto a la fiabilidad de su garantía; y para terceros, al servir de fuente de notificación general sobre todo gravamen eventualmente constituido sobre los bienes del deudor y sobre el orden de prelación aplicable. Se observó además que ese principio de publicidad y transparencia se había convertido en un requisito básico de la reglamentación bancaria que obligaba a todo banco, tanto central como comercial, a verificar cuidadosamente la solvencia de sus deudores. Se observó también que una porción importante de las tasas de interés cobradas (cercana al 60%) tenía por objeto cubrir el riesgo dimanante de la falta de información suficiente sobre el destinatario de un crédito. Se mencionaron asimismo ciertas prácticas financieras y de bursatilización, que eran de importancia esencial para determinadas operaciones de financiación, particularmente de proyectos de infraestructura, y que no podían funcionar adecuadamente sin un sistema de registro fiable. Se dijo además que todo sistema de secreto absoluto en materia de operaciones garantizadas podía poner al deudor en manos del acreedor garantizado,

ya que un acreedor que dispusiera de información confidencial sobre un deudor, y que gozara de una relación duradera con él, controlaba de hecho a ese deudor, privándole de las ventajas que pudiera ofrecerle el tener acceso a un mercado bancario competitivo.

65. Si bien el Grupo de Trabajo confirmó su interés por un registro público de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, se expresaron diversas inquietudes el respecto. Entre ellas cabe citar las siguientes: la finalidad de la publicidad; el alcance de dicho registro; la financiación del registro; y los gastos de inscripción y consulta para toda entidad comercial. Se respondió que la finalidad y el alcance del sistema de registro previsto habían sido expuestos en la guía, pero que cabía examinarlos en más detalle. Se observó asimismo que el hecho de que algunos países de los menos adelantados del mundo hubieran establecido y mantenido en funcionamiento un sistema de registro, como el descrito en la guía, constituía un claro indicio de que ese sistema resultaba eficiente en función de su costo. Se mencionó, a ese respecto, que los recientes adelantos en la tecnología informática permitían establecer con rapidez y economía un sistema de registro cuyo funcionamiento fuera sufragable por el cobro de una tasa de inscripción conforme a una tarifa preestablecida. A fin de obtener la información requerida para responder a las inquietudes expresadas, se sugirió, entre otras cosas, lo siguiente: efectuar una presentación, en el curso del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, del funcionamiento de un sistema de inscripción registral moderno; y establecer un grupo especial con el que las delegaciones interesadas puedan discutir ciertos problemas de índole práctica relativos a la inscripción registral.

66. Se mencionaron, a ese respecto, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001) y su Protocolo aeronáutico, así como la Ley Modelo de la OEA, que preveía la publicidad de esas operaciones mediante la inscripción de ciertos datos en un registro abierto al público que permitía resolver las cuestiones de prelación. Respecto del Convenio y su Protocolo aeronáutico se observó, no obstante, que su funcionamiento suponía un registro de índole algo distinta del previsto en el proyecto de guía, ya que se trataba de un registro internacional llevado en función del bien inscrito (es decir, para consultarlo se había de identificar al bien gravado, y no al deudor, por medio de un número de serie o de inscripción), que había de ser además un elemento de equipo de elevado valor. Respecto de la Ley Modelo de la OEA, se dijo que funcionaba con un registro, de índole similar al previsto en el proyecto de guía, eficiente en función de su costo, en el que se podía inscribir una amplia gama de bienes y que estaba abierto al público, conforme a la política adoptada por los 34 Estados participantes en la OEA para crear un mercado crediticio regional dinámico.

67. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió proceder al examen del capítulo V partiendo de la hipótesis de que un sistema de publicidad, como el examinado en el capítulo V, formaría parte del régimen previsto en el proyecto de guía.

B. Operaciones con reserva o transferencia de dominio y operaciones garantizadas

68. Se observó que el Grupo de Trabajo debería comenzar por el examen de dos cuestiones clave; en primer lugar, la de determinar si las operaciones que supusieran

una reserva o transferencia de dominio efectuada para fines de garantía serían objeto de inscripción registral, y en segundo lugar, la de determinar si las operaciones que fueran propiamente de reserva o transferencia de dominio (por ejemplo, los arriendos a largo plazo o las cesiones puras y simples de créditos) debían o no ser objeto de inscripción registral. Se mencionó a ese respecto, que, en el supuesto de que una operación propiamente de dominio haya de ser objeto de inscripción registral, cabía preguntarse si se enunciaría una lista ilustrativa de las operaciones a inscribir o si se seguiría una pauta funcional en virtud de la cual se inscribirían únicamente aquellas operaciones en las que el dominio quedara separado de la mera posesión o tenencia de la cosa gravada.

69. Respecto de las operaciones de reserva o transferencia de dominio que desempeñaran una función equivalente a la de una operación garantizada, se expresó el parecer de que no deberían quedar sujetas a inscripción pública, ya que, conforme se reiteró, su existencia solía ser conocida en el mercado y, en todo caso, el registro previsto por el proyecto de guía suministraba o demasiados datos o datos demasiado escasos para este tipo de operaciones (véase el párrafo 63 *supra*). Se dijo asimismo que, de imponerse esa inscripción, toda parte en una operación propiamente de dominio se vería obligada a inscribir la operación para gozar de prelación, lo que no dejaría de elevar el costo de la operación.

70. Se observó, en sentido contrario, que toda operación propiamente de dominio debería quedar sujeta a la obligación de inscripción, al menos en la medida en que fuera a desempeñar una función de garantía. Se dijo que si alguna operación de reserva o transferencia de dominio, que fuera el equivalente funcional de una operación de garantía, no quedaba sujeta a la obligación de inscripción pública, el sistema de registro previsto no cumpliría con su función de suministrar información fidedigna y completa al acreedor garantizado respecto de la existencia de todo otro gravamen o derecho real sobre el bien gravado por la garantía de la que ese acreedor se fiara para otorgar crédito. Se observó además que los arreglos de reserva de dominio dificultaban la gestión de ciertas prácticas, como la financiación en función de existencias inventariadas, ya que todo financiero respaldado por una garantía sobre las existencias inventariadas de una empresa tropezaba con la dificultad de determinar cuáles de esas mercancías o bienes inventariados estaban o no sujetos a un pacto de reserva de dominio y cuál sería el alcance de ese pacto. Se dijo, además, que no cabía fiarse de que un pacto de reserva de dominio fuera una cuestión universalmente conocida, por lo que, en supuestos como el considerado, el financiero o bien se negaría a aceptar las existencias inventariadas a título de garantía, o sí las aceptaría, pero imponiendo alguna prima sobre el precio de la operación a fin de cubrir el riesgo adicional de que hubiera pactos de reserva de dominio que gozaran de prelación sobre su garantía.

71. Se observó, además, que desde una perspectiva de derecho comparado era evidente que se estaba recurriendo cada vez más a operaciones de reserva de dominio, o de índole similar, para fines de garantía, por lo que toda distinción entre este tipo de operaciones resultaba difícil y podía resultar artificial. Se dijo asimismo que el alcance de los pactos de reserva de dominio suscitaba también otra cuestión importante, consistente en determinar si esa operación abarcaría no sólo al bien gravado, sino también al producto de su venta. Se observó, a ese respecto, que incluso en países en los que se hacía esa distinción, la reserva de dominio era

tratada al igual que una garantía real en lo relativo al producto del bien afectado por el pacto de reserva de dominio.

72. En cuanto a las operaciones de pura reserva o transferencia de domino, se opinó que no debían estar sujetas a inscripción registral, pues no entraban en el ámbito del régimen de las operaciones garantizadas. Además, se observó que las operaciones de pura reserva o transferencia de dominio no deberían regirse por el sistema de inscripción registral, ya que la finalidad de un régimen de las operaciones garantizadas no podía consistir en establecer un registro de propiedad de bienes muebles. Frente a este argumento se sostuvo que ningún sistema de prelación sería fiable si no pudiera abarcar toda la gama de posibles conflictos de prelación. Se señaló que, con ese fin, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional regulaba los conflictos de prelación incluso entre cesiones realizadas en el marco de la Convención o al margen de ella. Se consideró asimismo que los acuerdos de pura reserva o transferencia de dominio deberían entrar en el régimen de inscripción registral a fin de que los propietarios tuvieran el derecho (y no la obligación) de efectuar la inscripción y de obtener prelación.

73. Con respecto a la inscripción registral de operaciones de reserva o transferencia de dominio, se observó que si estas operaciones se clasificaban como operaciones garantizadas, en algunos países cabría seguir dos enfoques: el vendedor podía tratarse como propietario o como acreedor garantizado (en este último caso, la titularidad pasaría al comprador). En ambos casos, el vendedor tendría que efectuar la inscripción en el registro, mientras que el bien formaría parte del patrimonio insolvente y el vendedor obtendría una prelación superior (quedando incluso por delante de los acreedores que hubieran inscrito antes un derecho de garantía; véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 20). Se observó que en otros países se seguía un criterio diferente. Si una operación de reserva o transferencia de dominio cumplía fines de garantía, el bien pertinente formaba parte de la masa de la insolvencia y el comprador, como propietario, podía otorgar una garantía real de menor rango. En situaciones en que hubiera una operación puramente de reserva o transferencia de dominio, el bien pertinente se separaría de la masa de la insolvencia (en procedimientos de liquidación). Se afirmó también que, desde un punto de vista legislativo, sería preferible convertir las operaciones de reserva o transferencia de dominio en operaciones garantizadas, ya que, con ese enfoque, se fomentarían los derechos del comprador (que sería tratado como propietario) y al mismo tiempo se podrían proteger mejor los derechos de los vendedores con un grado superior de prelación. A este respecto, se señaló que el debate sobre los derechos del comprador también guardaba relación con una cuestión tratada en un contexto diferente, a saber, la de si era necesario que el otorgante de una garantía real tuviera la titularidad o si podía tener un derecho real de menor rango (véase el párrafo 58 *supra*). En vista de la importancia de la cuestión, se sugirió que el debate al respecto figurara en el capítulo III, relativo a los enfoques básicos de la garantía.

C. Garantías reales consensuales y no consensuales

74. En respuesta a una pregunta, se observó que si bien la guía se centraba en las garantías reales constituidas mediante acuerdo (garantías reales consensuales), tenía la finalidad de englobar todos los posibles conflictos de prelación, incluidos los conflictos entre derechos consensuales y derechos de origen legal (derechos no

consensuales). Se observó que en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional se había seguido el mismo criterio. Por consiguiente, se señaló la necesidad de ajustar la definición de "garantía real" a dicho criterio, también acordado en el Coloquio Internacional CNUDMI-CFA sobre las Operaciones Garantizadas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.3, párr. 8). En respuesta a otra pregunta, se señaló que el concepto de "no consensual" tenía por objeto abarcar también las reclamaciones preferentes anteriores. A este respecto, se dijo que las reclamaciones anteriores deberían ser limitadas y transparentes.

75. Se expresaron opiniones divergentes sobre si la inscripción de una notificación de una resolución judicial en favor del acreedor confería a éste un derecho equivalente a una garantía real (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 33 a 37). Por una parte, se estimó que este enfoque alentaría las demandas judiciales o que incluso haría que los acreedores no garantizados recurrieran en masa a los tribunales, con lo cual podría agotarse el patrimonio del deudor en detrimento de los acreedores no garantizados. Por otra parte, se opinó que si se utilizaba el sistema de inscripción registral para el cobro de reclamaciones confirmadas por vía judicial, se reduciría el número de demandas encaminadas a obtener la ejecución de resoluciones judiciales, puesto que, una vez hecha pública la decisión judicial, el deudor pagaría para anular la inscripción y poder así vender o gravar sus bienes.

D. Registro único y registros múltiples

76. Se estimó que el concepto de registro único equivalía a una única base de datos, pero no impedía que hubiera múltiples puntos en los que se pudiera registrar información en la base de datos. Se opinó también que el proyecto de guía debería poner de relieve que algunos países con tradición de derecho romano tenían una larga experiencia con los registros especiales de bienes que se concentraban más en la publicidad que en el fraude consistente en inscribir fechas anteriores a las reales. Además, se observó que la descentralización existente en Estados federales reflejaba a menudo la estructura federal del Estado y que podía evitarse si el Estado central llegaba a un entendimiento con los Estados federados.

E. La notificación y la inscripción registral de documentos

77. Si bien se apoyó el concepto de inscripción de notificaciones, se expresaron algunas reservas. Concretamente, se argumentó que las notificaciones tal vez no proporcionaran información suficiente a los terceros, que tal vez tendrían que buscar la información necesaria fuera del registro, lo cual les supondría una carga y podrían verse inducidos a error. También se objetó que la inscripción de notificaciones obligaba al acreedor garantizado a resumir el acuerdo de garantía en la notificación y en este proceso solían producirse errores. Se observó que en la inscripción registral de documentos no se plantearían estos problemas. Frente a este argumento se señaló que la inscripción registral de documentos planteaba otros problemas, como los de costos, confidencialidad y errores, inconvenientes de que no adolecían los sistemas de inscripción de notificaciones.

F. Momento de la inscripción registral

78. Se sugirió que la cuestión del momento de la inscripción registral en el caso de la insolvencia se tratara en los capítulos V, VII o X. También se sugirió que se examinara la cuestión de la inscripción posterior a la operación conforme a la cual la prelación se basara en el momento de celebración de la operación y no en el de la inscripción (véanse las excepciones a la prelación en función del orden de inscripción; véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 20).

G. Contenido de la notificación

79. Se sostuvo que en la notificación que se inscribiera en el registro debería indicarse asimismo la ubicación de los bienes. Sobre esta sugerencia hubo discrepancias. Se argumentó que, al tratarse de bienes muebles, sería muy difícil inmovilizarlos en el lugar especificado en la notificación. También se observó que debería corresponder a las partes regular esta cuestión en el acuerdo de garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8). A la pregunta de si el otorgante debía autorizar o incluso firmar la notificación se respondió que esa cuestión se abordaba en el capítulo VI (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, párrs. 15 a 17).

H. Coordinación entre registros generales de gravámenes y registros específicos de titularidad de bienes

80. Se observó que no todos los registros de vehículos motorizados eran registros de titularidad. También se señaló que no había ningún tipo de coordinación entre los registros con criterios de uniformidad. Podían existir distintos registros que se coordinaran o sistemas con registros unificados, según las circunstancias de cada país.

I. Inscripción registral y ejecución

81. Se opinó que habría que hacer una distinción entre la inscripción registral de notificaciones de ejecución y la inscripción registral de notificaciones de garantías reales. A este respecto se sugirió remitirse a la Ley Modelo de la OEA. También se sugirió que se tratara el problema de las consecuencias que pudiera tener el hecho de no proceder a la inscripción en caso de ejecución o de procedimientos de insolvencia, una cuestión que sería útil ampliar también en los capítulos VII (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 43 a 45) y X (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10, párr. 24).

J. La desposesión del deudor como alternativa a la inscripción registral

82. Se expresaron dudas acerca de si la desposesión del deudor eliminaba o no el problema de la apariencia de falsa riqueza y acerca de si se mermaba la autoridad del registro cuando, en el supuesto en que un acreedor con una garantía real posesoria renunciara a la posesión y registrara su garantía, la ley permitiera que la fecha efectiva de la garantía se asimilara a la fecha de la posesión inicial.

K. Notificación o control de terceros

83. Se señaló que, en el caso de una pignoración de créditos, en algunos ordenamientos jurídicos la notificación se consideraba equivalente a la posesión. No obstante, se opinó que convendría centrar el debate de modo que se tuviera presente

que la notificación no obligaba necesariamente al deudor de una cuenta a pagar el crédito por cobrar. A este respecto, se observó que esa obligación dependía del contrato del que nacía el crédito y, en particular, de si el deudor podía oponer excepciones o derechos de compensación. También se dijo que dependía de las instrucciones de pago dadas al deudor.

L. Validez frente a terceros de las garantías reales sin publicidad

84. Se dijo que se habrían de examinar en más detalle los efectos de la publicidad en el supuesto de una garantía real constituida sobre bienes inmateriales.

M. Validez frente a terceros de las garantías reales con publicidad

85. Se observó que los conceptos de validez frente a terceros y de prelación eran dos nociones distintas que convendría explicar en más detalle.

N. Resumen y recomendaciones

86. El Grupo de Trabajo confirmó la universalidad del principio de publicidad, que puede verse reflejada en la primera oración del párrafo 69 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, y decidió suprimir la segunda oración de dicho párrafo.

87. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo V teniendo en cuenta de los pareceres expresados y las sugerencias formuladas.

Capítulo X. Insolvencia

88. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de velar, en colaboración con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), por que las cuestiones relativas al régimen aplicable a las garantías reales, en el marco de un procedimiento de insolvencia, sean tratadas en consonancia con las conclusiones del Grupo de Trabajo V sobre el solapamiento de la labor de dicho Grupo de Trabajo con la del Grupo de Trabajo VI (véase A/CN.9/511, párrs. 126 y 127).

89. Entre las diversas sugerencias formuladas, cabe citar las siguientes: referirse a la preservación del valor de liquidación o de realización del bien gravado, en vez de a la ejecutoriedad, como objetivo común del régimen del crédito financiero garantizado y del régimen de la insolvencia; dejar la paralización de las actuaciones al arbitrio del tribunal competente; amparar el valor de la garantía real; considerar la posibilidad de que, a reserva de los principios de orden público del foro competente en lo relativo a la precedencia de los créditos privilegiados y a la impugnabilidad de toda operación fraudulenta o de índole preferente, sean tenidas por aplicables en el marco de un procedimiento de insolvencia las mismas reglas de conflictos de leyes que hubieran sido aplicables al margen de la insolvencia; examinar la posibilidad de que, si en un procedimiento de liquidación el bien o los bienes gravados no se venden en un plazo razonable, el tribunal pueda hacer entrega de ese bien al acreedor garantizado, con tal de que exista algún indicio razonable de que el acreedor garantizado podrá vender ese bien más fácilmente y a mejor precio; reconocer la posibilidad de que se haga valer un crédito privilegiado frente a un bien

gravado, pero recomendar que esos créditos sean transparentes, poco frecuentes y de importe limitado; ampliar, en el proyecto de guía, todo lo relativo a la financiación obtenida por la empresa deudora con posterioridad a la apertura del procedimiento y al régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de reorganización.

90. Esas sugerencias fueron apoyadas por el Grupo de Trabajo. Se convino en señalarlas al Grupo de Trabajo V a fin de examinarlas conjuntamente.

IV. Labor futura

91. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su segundo período de sesiones se celebrará en Viena los días 16 a 20 de diciembre de 2002, y que su tercer período de sesiones se celebrará en Nueva York, los días 3 a 7 de marzo de 2003. Se observó que esas fechas estaban sujetas a la aprobación de la Comisión en su 35º período de sesiones, que se celebrará próximamente en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002.

B. Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add. 1 a 12) [Original: inglés]

A/CN.9/WG.VI/WP.2

Observaciones generales

1. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) examinó un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de operaciones de crédito financiero garantizado (A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que las garantías reales eran un tema importante que había sido señalado a la atención de la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular del estrecho vínculo que tenía con la labor que se realizaba acerca del régimen de la insolvencia. La opinión generalizada era que una legislación moderna sobre operaciones de crédito garantizado podía surtir importantes efectos en la oferta y el costo de crédito financiero y, por lo tanto, en el comercio internacional. También se opinó en general que esa legislación podía reducir las desigualdades en el acceso a crédito a bajo costo entre partes de países desarrollados y de países en desarrollo y en la proporción que correspondía a ambas de los beneficios del comercio internacional. No obstante, se advirtió en ese sentido que esas leyes, a fin de ser aceptables para los Estados, tenían que llegar a un equilibrio adecuado en el tratamiento de los acreedores privilegiados, los acreedores con garantías y los acreedores comunes. Se señaló también que, habida cuenta de la diversidad de criterios imperantes en la materia en el derecho interno de diversos Estados, sería aconsejable adoptar un planteamiento flexible que apuntara a preparar una serie de principios complementada por una guía, y no una ley modelo. Por otra parte, a fin de que la reforma legislativa arrojara beneficios óptimos, entre ellos los de prevenir crisis financieras, reducir la pobreza y facilitar la financiación de la deuda como motor para el crecimiento económico, la labor relativa a las garantías reales tendría que ser coordinada con la relativa al régimen de la insolvencia[1].

2. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó una nueva nota de la Secretaría (A/CN.9/496). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que debía iniciarse la labor en la esfera de las garantías reales, dado el impacto económico favorable que tendría un régimen moderno del crédito financiero garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener repercusiones muy negativas en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que un marco jurídico eficaz y previsible tenía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, concretamente cuando el sector financiero de un país atravesara una crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente en lo relativo a la existencia de vías de ejecución

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 459.

eficientes al servicio de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a mitigar el deterioro de sus créditos mediante mecanismos de ejecución rápidos, y para facilitar la reestructuración de empresas en dificultades abriendo vías que incentiven su financiación provisional. A más largo plazo, un marco legal de las garantías reales que resulte flexible y eficaz podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. De hecho, si no había acceso a créditos de costo asequible, era imposible fomentar el crecimiento, la competitividad y el comercio internacional, pues se limitaría la posibilidad de expansión de las empresas y el desarrollo de todo su potencial[2].

3. Si bien se expresaron algunas inquietudes con respecto a la viabilidad de la labor en lo relativo al derecho de las operaciones de crédito garantizadas, la Comisión observó que esas inquietudes no parecían ser compartidas por la mayoría y centró su atención en el alcance de dicha labor[3]. Se estimó en general que la labor debía concentrarse en las garantías reales sobre los bienes objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados. Se convino también en que los valores bursátiles y los derechos de propiedad intelectual no debían abordarse como cuestiones prioritarias. Con respecto a los valores bursátiles, la Comisión tomó nota del interés del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). En cuanto a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad industrial, se dijo que había menos necesidad de ocuparse de ese tema, dado que las cuestiones eran sumamente complejas y todo esfuerzo por abordarlas tendría que coordinarse con otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[4]. En cuanto a la forma de la labor, la Comisión estimó que una ley modelo sería tal vez un marco demasiado rígido, y tomó nota de las sugerencias formuladas en el sentido de que se compendiara un juego de los principios aplicables en este campo, complementado por una guía legislativa ilustrada, de ser posible, por disposiciones legales modelo[5].

4. Tras un debate, la Comisión decidió encargar a un grupo de trabajo la tarea de elaborar “un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar qué cuestiones habrían de tratarse: por ejemplo, la forma del instrumento; el alcance exacto de los bienes que podrían servir de garantía ... ”[6]. Poniendo de relieve la importancia del tema y la necesidad de consultar con representantes del sector industrial y profesional pertinente, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres días[7].

5. A fin de facilitar la labor del Grupo de Trabajo, la Secretaría ha preparado, con la asistencia de expertos, el presente primer proyecto preliminar de guía legislativa sobre operaciones garantizadas. En cuanto al alcance de esa labor, este proyecto parte del supuesto de que una guía debe ser tan amplia como sea posible. La justificación de este enfoque puede hallarse en uno de los objetivos clave de todo régimen de los créditos garantizados, a saber, la plena utilización de los activos o

---

[2] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 351.
[3] Ibíd., párrs. 352 a 354.
[4] Ibíd., párrs. 354 a 356.
[5] Ibíd., párr. 357.
[6] Ibíd., párr. 358.
[7] Ibíd., párr. 359.

bienes de una empresa a los efectos de obtener crédito, lo que requiere un régimen lo más completo posible en cuanto a los bienes, las obligaciones y las partes que intervienen en estas operaciones (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add. 1, párr. 11). Los regímenes modernos de crédito financiero garantizado adoptan un enfoque amplio y flexible a fin de tener en cuenta la práctica corriente según la cual un prestatario puede constituir en garantía cualquier bien que posea y un prestamista puede negociar una garantía constituida sobre cualquier bien, corporal o inmaterial. Esta práctica refleja la necesidad de proporcionar una garantía adecuada a los prestamistas a fin de facilitar la oferta de crédito a bajo costo. También refleja la dificultad de establecer una distinción clara entre bienes corporales e inmateriales.

6. Con miras a garantizar que no existan duplicaciones con la labor de otras organizaciones (por ejemplo, la Organización de los Estados Americanos, el Unidroit o la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado), el Grupo de Trabajo tal vez juzgue conveniente referirse a los valores bursátiles únicamente a grandes rasgos en la presente guía, dejando que los pormenores sean definidos en los textos legislativos que están preparando otras organizaciones. El enfoque seguido en la Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada con respecto a la Convención de las naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional proporciona un buen ejemplo de coexistencia armoniosa entre un texto legislativo y una guía.

7. En las adiciones del presente documento introductorio figuran los proyectos de capítulo siguientes: I (introducción), II (objetivos clave de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas), III (criterios básicos en materia de garantías reales), IV (constitución de garantías reales), V (publicidad), VI (publicidad por inscripción), VII (prelación), VIII (derechos y obligaciones de las partes previos al incumplimiento), IX (incumplimiento y vía ejecutoria), X (insolvencia), XI (conflictos de leyes y aplicación territorial) y XII (cuestiones de transición). El informe del Coloquio Internacional sobre Operaciones con Garantía, organizado conjuntamente por la secretaría de la CNUDMI y la Commercial Finance Association (Viena, 20 a 22 de marzo de 2002) será publicado asimismo como documento de trabajo (A/CN.9/WG.VI/WP.3).

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

		Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas		1-18	870
I.	Introducción	1-9	870
	A. Organización y ámbito	1-8	870
	B. Terminología	9	872
II.	Objetivos clave de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas	10-18	873
	A. Explotar al máximo el valor de los bienes para obtener crédito	11	874
	B. Obtención sencilla y eficiente de una garantía	12	874
	C. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento	13	874
	D. Establecimiento de un orden de prelación claro y previsible	14	874
	E. Facilitar la ejecución oportuna de la garantía del acreedor con la debida previsibilidad	15	874
	F. Tratar por igual a los acreedores nacionales y extranjeros	16	875
	G. Reconocimiento de la autonomía contractual	17	875
	H. Fomentar comportamientos responsables por medio de la transparencia	18	875

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

[*Observaciones preliminares que se prepararán en una etapa ulterior*]

I. Introducción

A. Organización y ámbito

1. La finalidad de la presente Guía es la de prestar asistencia a los Estados en el desarrollo de un derecho moderno de las operaciones garantizadas, con la meta de promover la disponibilidad de crédito garantizado a un costo que sea asequible para las empresas comerciales que negocian en dichos Estados. La Guía tiene por objeto prestar servicio a aquellos Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, así como a aquellos Estados que dispongan ya de un régimen funcional pero que deseen actualizarlo o modernizarlo, o simplemente armonizar o coordinar su propio derecho con el de otros Estados (particularmente mediante el mutuo reconocimiento de las garantías reales válidamente creadas en el territorio de otros Estados). La Guía parte de la premisa de que un régimen bien pensado de las garantías reales reportará muchos beneficios a todo Estado que lo adopte, al servir para atraer crédito financiero de fuentes tanto internas como extranjeras, favoreciendo así el desarrollo y crecimiento de las empresas nacionales e impulsando el comercio en general. Dicho régimen puede redundar asimismo en provecho de los consumidores, al reducir el costo de la oferta de bienes y servicios y al fomentar la disponibilidad de crédito a bajo costo para el consumo.

2. La Guía tiene por objeto formular un régimen que reporte ventajas económicas prácticas a todo Estado que lo adopte. La Guía trata de elevarse sobre las divergencias que pueda haber entre los diversos regímenes con miras a sugerir soluciones de índole pragmática y eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos ordenamientos.

3. Todos los negocios, ya se trate de fabricantes o de distribuidores, empresas de servicios o vendedores al por menor, requieren capital para poder negociar, crecer y competir con éxito en el mercado. Está ampliamente demostrado, a través de estudios efectuados por organizaciones como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), que una de las vías más eficaces para obtener capital de explotación para las empresas comerciales es la técnica del crédito garantizado[1].

4. El secreto de la eficacia del crédito garantizado radica en que permite a la entidad deudora utilizar el valor de sus propios bienes para reducir el riesgo del crédito para el acreedor. Ese riesgo se reduce al ofrecérsele al acreedor bienes constituidos en garantía de ese préstamo para el supuesto de impago. Esos estudios han demostrado que al reducirse el riesgo de impago del crédito, se obtiene crédito

[1] Véase, por ejemplo: Banco Asiático de Desarrollo, "*Secured transactions law reform in Asia: unleashing the potential of collateral*", diciembre de 2000.

más fácilmente y a menor precio. Esos estudios han demostrado también que en aquellos Estados donde los prestamistas perciben que sus operaciones conllevan un elevado riesgo, el costo del crédito otorgado se eleva para compensar a esos prestamistas o acreedores por tener que asumir el riesgo y por la necesidad pareja de tener que evaluar dicho riesgo. En algunos países, la falta de un régimen eficaz para las operaciones garantizadas es lo que da lugar a que tanto las empresas comerciales como los consumidores se vean prácticamente privados de crédito.

5. La introducción de un régimen legal que respalde las operaciones de crédito garantizado es un factor decisivo para reducir el riesgo percibido por los acreedores y fomentar la disponibilidad de crédito. Los estudios efectuados han demostrado que el crédito garantizado está más al alcance de las empresas en aquellos Estados que disponen de un régimen eficiente y eficaz que permite un cálculo sistemático y previsible del resultado por los acreedores en el supuesto de incumplimiento de los deudores.

6. Crear un ordenamiento jurídico que favorezca la disponibilidad de esta forma de crédito no sólo favorece el desarrollo y crecimiento de las empresas, sino también la prosperidad económica del país en su conjunto. Un régimen legal inadecuado en materia de operaciones garantizadas puede dar lugar a importantes pérdidas en el producto interno bruto. Por ello, los países que restan amplitud o eficacia a su régimen legal de las operaciones garantizadas pueden estarse privando de importantes ventajas económicas.

7. Se han expresado diversas inquietudes respecto del denominado crédito garantizado. Por ejemplo, otorgar a un acreedor un crédito privilegiado respecto de los bienes del otorgante puede restarle al otorgante oportunidades para obtener financiación de otras fuentes. Además, un acreedor garantizado puede disponer de una notable influencia sobre el negocio del otorgante, en la medida en que ese acreedor puede embargar, o amenazar con el embargo del bien gravado, al producirse el impago. A fin de responder a estas inquietudes, la Guía sugiere soluciones que tratan de equilibrar los intereses divergentes de los deudores y acreedores, así como de todo tercero que pueda verse afectado y del Estado. Para ello será preciso, entre otras cosas, coordinar el régimen de las operaciones garantizadas con el de la insolvencia.

8. La Guía se apoya sobre la labor de la CNUDMI y de otras organizaciones. Esa labor incluye: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, aprobada en diciembre de 2001; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en noviembre de 2001; la Ley Modelo sobre operaciones garantizadas del BERD, completada en 1994; los principios fundamentales para un régimen legal moderno de las operaciones garantizadas, igualmente del BERD y que se completaron en 1997; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2000; la Ley Modelo interamericana de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sobre operaciones garantizadas, preparada en 2002; el Convenio de la Conferencia de La Haya sobre la ley aplicable a los actos de disposición que conciernan a garantías reales constituidas sobre valores bursátiles y el Convenio [Ley Modelo] del UNIDROIT sobre garantías reales constituidas sobre valores bursátiles.

B. Terminología

9. La presente Guía ha adoptado ciertos términos para designar conceptos que subyacen a todo régimen modelo de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento en particular. Aun cuando cierto término resulte ser el mismo que el utilizado en algún ordenamiento jurídico interno, su significado tal vez sea diferente. En los siguientes párrafos se da una lista de los principales términos utilizados con el significado básico que se les asigna en la presente Guía. Ese significado será ulteriormente perfilado, al utilizarse esos términos en capítulos subsiguientes.

Garantía real: Por "garantía real" se entenderá un derecho consensual constituido sobre bienes muebles por el que se garantice el pago o algún otro cumplimiento de una o más obligaciones.

Obligación garantizada: Por "obligación garantizada" se entenderá una obligación respaldada por una garantía real.

Acreedor garantizado: Por "acreedor garantizado" se entenderá todo acreedor que goce de una garantía real. Dicho acreedor podrá ser una persona física o una persona jurídica.

Deudor: Por "deudor" se entenderá la persona física o la persona jurídica a quien corresponda cumplir la obligación garantizada. El deudor tal vez sea o tal vez no sea la persona que otorgue el derecho de garantía al acreedor garantizado (ver "otorgante").

Otorgante: Por "otorgante" se entenderá una persona física o una persona jurídica que constituye un derecho de garantía a favor del acreedor garantizado. El otorgante tal vez sea o tal vez no sea el deudor al que corresponda el deber de cumplir la obligación garantizada (ver "deudor").

Acuerdo de garantía: Por "acuerdo de garantía" se entenderá un acuerdo entre un otorgante y un acreedor por el que se constituya un derecho de garantía que respalde una o más de las obligaciones del deudor.

Bienes gravados: Por "bien gravado" se entenderá todo bien mueble que se haya constituido en garantía. La presente Guía se ocupa de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles corporales e inmateriales, estando incluida en esta última categoría el derecho al cobro de una suma monetaria. Salvo que se indique otra cosa, la Guía no se ocupa de los bienes inmuebles. Para ciertos fines, la presente Guía distingue entre diversas categorías de bienes gravados. En general, se ha distribuido los bienes gravados en bienes muebles corporales y bienes inmateriales (bienes corporales y bienes inmateriales, respectivamente). Cada una de estas categorías se subdivide en otras.

Bienes corporales: Por "bienes corporales" se entenderá bienes muebles corporales de cualquier índole. Cabe citar al respecto las siguientes categorías: existencias, equipo y accesorios fijos.

Existencias: Por "existencias" se entenderá no sólo los bienes almacenados para su venta o arriendo en el curso normal del negocio, sino también toda materia prima, bien semielaborado o material que una persona utilice o consuma en la explotación de su negocio.

Equipo: Por “equipo” se entenderá aquellos bienes que, sin formar parte de las existencias, una persona haya de utilizar en la explotación de su negocio.

Accesorios fijos: Por “accesorios fijos” se entenderá todo bien que se haya, o esté destinado a ser, incorporado a un bien inmueble de tal modo que pase a regirse por el derecho aplicable a los bienes inmuebles.

Bienes inmateriales: Por “bienes inmateriales” se entenderá todo bien mueble que no sea corporal [quizás con la excepción de los derechos incorporados a un título negociable]. Cabe citar al respecto los créditos, los créditos por cobrar y los valores bursátiles en general.

Créditos: Por “créditos” se entenderá tanto el derecho al cobro de una suma monetaria como el derecho al cumplimiento de una obligación no monetaria.

Créditos por cobrar: Por “crédito por cobrar” se entenderá todo derecho al pago de una suma monetaria.

Valores bursátiles: Por “valor bursátil” se entenderá a) las acciones y demás títulos de propiedad de una empresa; b) las obligaciones, bonos y demás deuda negociable en bolsa de las empresas; c) los contratos de materias primas negociables en lonjas o bolsas comerciales. El valor bursátil puede estar o no incorporado a un documento, y puede obrar directamente en manos del deudor o estar depositado en la cuenta de un intermediario.

Empresa: Por “empresa” se entenderá todo establecimiento comercial cuya personalidad jurídica haya sido reconocida por el derecho aplicable. Las garantías reales constituidas sobre el patrimonio de una empresa podrán recaer sobre todos los bienes muebles de la empresa o sobre los bienes de la categoría designada al respecto.

Producto: Por “producto” se entenderá los frutos de todo bien gravado y lo que se reciba por concepto de enajenación de un bien gravado. Los dividendos abonados por una empresa cuyas acciones obren en poder de un acreedor garantizado, a título de prenda, serán considerados como producto, al igual que toda suma monetaria cobrada por concepto de la venta de esas acciones a raíz de un incumplimiento del deudor.

Prelación: Por “prelación” de un acreedor garantizado se entenderá la prioridad de que goce el acreedor garantizado para cobrar el producto económico de su garantía real respecto del derecho que otras partes traten de hacer valer sobre el bien o bienes constituidos en garantía. El orden de prelación determinará el orden por el que podrán ser satisfechos los derechos de garantía y demás derechos reales constituidos sobre un bien gravado.

II. Objetivos clave de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas

10. En aras de ofrecer soluciones prácticas y eficaces, la Guía explora y desarrolla los siguientes rasgos y objetivos clave de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas:

A. Explotar al máximo el valor de los bienes para obtener crédito

11. El éxito de un régimen legal para las operaciones garantizadas dependerá de que facilite el pleno aprovechamiento por el otorgante del valor inherente a sus bienes con miras a obtener crédito. En aras de este objetivo la Guía insiste en la importancia de globalizar ese régimen para lo que debe: i) permitir que una amplia gama de bienes sean constituidos en garantía (tales como los créditos por cobrar, existencias, equipo industrial, bienes de propiedad intelectual y otros bienes inmateriales y valores bursátiles); ii) permitir que sean garantizadas una amplia gama de operaciones (incluidos los futuros anticipos desembolsados con arreglo a una línea de crédito y otras obligaciones futuras); y iii) extender las ventajas de dicho régimen a una amplia gama de deudores, acreedores y operaciones de crédito.

B. Obtención sencilla y eficiente de una garantía

12. La posibilidad de constituir bienes en garantía sólo reducirá el costo financiero del crédito otorgado si se ofrece una vía eficiente para constituir esa garantía. Por esa razón, la Guía sugiere vías para agilizar la obtención de las garantías reales y el gasto inherente a su tramitación. La Guía sugiere métodos que eliminen toda formalidad innecesaria; ofrezcan una única vía para constituir la garantía, sin multiplicar los dispositivos de garantía previstos; y permitan la constitución de garantías reales sobre bienes que se adquieran ulteriormente sin necesidad de un nuevo acto de disposición al respecto.

C. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento

13. Dado que la constitución de una garantía real no debe imposibilitar o dificultar la explotación del negocio por el otorgante, la Guía recomienda que el régimen legal permita la constitución de garantías reales sobre determinados bienes sin desplazamiento de su posesión.

D. Establecimiento de un orden de prelación claro y previsible

14. La garantía real será de escaso o nulo valor para el acreedor, si no le faculta para hacer valer su prelación sobre el bien constituido en garantía frente a los demás acreedores (incluido el administrador eventual de la insolvencia de un otorgante). Por ello, la Guía propone un orden de prelación claro que permita que los acreedores determinen, sin pérdida de tiempo o dinero, la prelación de su garantía real.

E. Facilitar la ejecución oportuna de la garantía del acreedor con la debida previsibilidad

15. La garantía real será igualmente de escaso o nulo valor para un acreedor que no pueda ejecutarla oportunamente con la previsibilidad debida. Además, la intervención de los tribunales en la ejecución de la garantía puede ser lenta. En vista de ello, la Guía sugiere reglas que permitan que los acreedores ejecuten su garantía

al producirse un incumplimiento, con la prontitud, economía y previsibilidad deseable, y con un grado de control judicial adecuado.

F. Tratar por igual a los acreedores nacionales y extranjeros

16. Dado que una competencia estimulante entre todos los posibles acreedores (tanto nacionales como extranjeros) puede ser un medio eficiente de abaratar los créditos otorgados, la Guía recomienda que el régimen sea aplicable por igual a los acreedores nacionales y extranjeros.

G. Reconocimiento de la autonomía contractual

17. Un régimen eficiente de las operaciones garantizadas debe ser lo más fiable y flexible posible a fin de abarcar una amplia gama de operaciones de crédito, y a fin de acomodar también operaciones de crédito innovadoras o incipientes. A fin de lograr esta meta, la Guía insiste en la importancia de que las partes contractuales gocen de autonomía, sin dejar por ello de ampararse los intereses legítimos de cada una de las partes y de terceros (especialmente de los consumidores).

H. Fomentar comportamientos responsables por medio de la transparencia

18. Dado que un régimen eficiente de las operaciones garantizadas debe alentar además un comportamiento responsable de toda parte que intervenga en una operación de crédito, la Guía trata de promover la transparencia a fin de que las partes puedan evaluar todas las cuestiones jurídicas pertinentes de su operación y prevean sanciones adecuadas para el incumplimiento del régimen aplicable.

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	Página.
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-13	876
I. Introducción	1-13	876
C. Ejemplos de prácticas financieras que abarcará la Guía	1-13	876
1. Financiación del precio de compra del equipo y de las existencias inventariadas	2-7	877
2. Financiación mediante la cesión de créditos por cobrar y préstamos renovables bajo garantía de las existencias inventariadas	8-10	877
3. Financiación a plazo	11-13	878

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

I. Introducción

[El siguiente texto se incorporará en la Guía como sección C del capítulo I]

C. Ejemplos de prácticas financieras que abarcará la Guía

1. En los párrafos siguientes se describen brevemente los tres tipos de operaciones de crédito con garantía cuya utilización se pretende promover en la Guía, en la que servirán también para ilustrar distintos puntos que se aborden en ella. Se trata de sólo tres ejemplos de las muchas formas de operaciones de crédito con garantía que se usan en la actualidad; un régimen eficaz en la materia ha de ser lo suficientemente flexible como para abarcar las numerosas modalidades de financiación que existen en la actualidad y que puedan surgir en el futuro.

[*Nota al Grupo de Trabajo: a fin de no distraer al lector con un análisis demasiado complejo, sólo se den unos cuantos ejemplos de las operaciones más comunes e importantes. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si cabe analizar también otras operaciones más complejas, como la financiación de proyectos y la bursatilización.*]

1. Financiación del precio de compra del equipo y de las existencias inventariadas

2. Las empresas desean a menudo financiar algunas de sus compras de bienes de equipo o de existencias. En muchos casos, el vendedor se encarga de facilitar esa financiación. En otros, el crédito es otorgado, no por el vendedor, sino por un prestamista. Si bien éste puede ser un tercero independiente, en otros casos es una filial de la empresa vendedora.

3. A este tipo de financiación, que puede adoptar diversas formas jurídicas, se le denomina a menudo "financiación del precio de compra". En muchos países el vendedor retiene la propiedad de los bienes vendidos hasta que el crédito se haya abonado en su totalidad. En general estos tipos de operaciones se conocen como acuerdos de retención de la titularidad sobre los bienes vendidos o acuerdos de venta condicionada (véase también A/CN.9/WP.2/Add.3, párrs. 31 a 39). En otros países se otorga al vendedor o prestamista una garantía real sobre los bienes vendidos en respaldo del reembolso del crédito o préstamo.

4. A continuación se describe un ejemplo de "financiación del precio de compra". Agrico, cuyo establecimiento industrial se encuentra en el País X, fabrica y distribuye maquinaria agrícola, que vende a clientes que están dispersos en diversos países. Agrico se propone comprar 10.000 envases de pintura al Vendedor A y 5.000 ruedas al Vendedor B y arrendar determinado equipo industrial del Arrendador A, con miras a utilizar dicho material para fabricar ciertos tipos de maquinaria agrícola.

5. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el Vendedor A, Agrico ha de pagar el precio convenido a los 30 días de la entrega de la mercancía y el Vendedor A retiene la propiedad de los envases de pintura hasta que Agrico abone la totalidad de su precio de compra.

6. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el Vendedor B, Agrico ha de pagar el precio convenido antes de la entrega de la mercancía. Agrico obtiene un crédito del Prestamista A para financiar el costo de las ruedas que ha comprado al Vendedor B. La garantía del préstamo otorgado se constituye sobre las ruedas cuya compra se está tramitando.

7. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el Arrendador A, Agrico toma en arriendo el equipo industrial por un período de dos años, durante el cual deberá abonar los pagos mensuales convenidos. Agrico dispondrá de una opción de compra sobre el equipo industrial a un precio nominal al expirar el contrato de arrendamiento. El Arrendador A retendrá la propiedad del equipo industrial mientras dure el contrato de arrendamiento. Ese derecho se transferirá a Agrico al expirar el contrato si decide ejercitar su opción de compra.

2. Financiación mediante la cesión de créditos por cobrar y préstamos renovables bajo garantía de las existencias inventariadas

8. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que su empresa disponga de créditos por cobrar para financiarse, todo fabricante deberá normalmente invertir fondos en adquirir materias primas para su transformación en bienes acabados a los que deberá dar salida en el mercado. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar meses.

Ese fabricante necesitará capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos.

9. Una vía muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, el prestatario periódicamente solicita y obtiene préstamos garantizados por sus créditos a cobrar y por sus existencias actuales y futuras para satisfacer sus necesidades de capital de explotación (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párr. 13). Lo normal es que el prestatario solicite préstamos cuando necesite comprar o fabricar bienes para constituir existencias y los reembolse cuando dé salida a sus existencias y cobre su precio de venta. Como la estructura de un préstamo renovable o rotatorio acostumbra a acomodar las sumas ofrecidas al prestatario a su ciclo empresarial de conversión en metálico (es decir, compra y fabricación de existencias, venta de las mismas, emisión de facturas o créditos por cobrar, cobro de los mismos, para reanudar el ciclo una vez más), esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficiente y provechosa para el prestatario.

10. A continuación se describe un ejemplo de este tipo de financiación. Agrico, cuyo establecimiento industrial se encuentra en el País X, fabrica y distribuye maquinaria agrícola, que vende a clientes que están dispersos en diversos países. Agrico suele tardar cuatro meses para fabricar y vender sus productos y cobrar las facturas. El Prestamista B conviene en abrir una línea de crédito renovable o rotatorio a Agrico para sufragar los gastos durante ese período. Con arreglo a esta línea de crédito, Agrico podrá obtener préstamos periódicamente por un importe total de hasta el 80% del valor de sus créditos por cobrar y de hasta el 50% del valor de sus existencias. Agrico habrá de reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le paguen las facturas. Agrico ha dado en garantía, por la línea de crédito abierta, sus créditos por cobrar y sus existencias actuales y futuras.

3. Financiación a plazo

11. Las empresas necesitan con frecuencia obtener sumas elevadas para financiar gastos que no forman parte del giro normal de su negocio, como podría ser la ampliación de su negocio o de sus instalaciones industriales. En estas situaciones, a menudo procuran negociar créditos que sólo sean reembolsables mucho después de terminadas las obras. A este tipo de financiación se la denomina a menudo servicios o facilidades de crédito a plazo, y esos créditos se acostumbran a amortizar conforme a un calendario de pago preestablecido, mientras que en otros, el reembolso del saldo restante del capital se efectuará al término del plazo.

12. Para una empresa que no goce de una solvencia crediticia reconocida, la financiación a plazo sólo será posible si es capaz de otorgar garantías reales sobre su patrimonio que respalden esa financiación. El importe de ésta se basará en parte en el valor de liquidación neto que a juicio del acreedor tengan los bienes constituidos en garantía. En muchos países, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que se aceptan en garantía de la financiación a plazo. Sin embargo, muchas empresas, en particular las de reciente creación, no los poseen y, por ende, no tienen acceso a esta forma de financiación. En otros países es corriente obtener financiación a plazo garantizada por otros bienes, como equipo o incluso derechos de propiedad intelectual.

13. A continuación se describe un ejemplo de este tipo de financiación. Agrico es un fabricante y distribuidor de maquinaria agrícola ubicado en el País X, pero con clientes ubicados en diversos países. Agrico desea ampliar sus operaciones y construir un nuevo establecimiento en el País Y. Obtiene un préstamo del Prestamista C para financiar las obras. El préstamo es reembolsable en cuotas mensuales idénticas a pagar durante un período de diez años. La garantía del préstamo se constituye sobre el nuevo establecimiento industrial, incluido todo el equipo instalado en la planta en el momento de la celebración del contrato financiero y posteriormente.

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-45	880
III. Prácticas básicas en materia de garantías reales	1-45	880
A. Observaciones generales	1-41	880
1. Introducción	1-2	880
2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía	3-26	881
a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales	3-22	881
b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales	23-26	885
3. Recurso a la titularidad para fines de garantía	27-39	886
a. Transferencia de la titularidad al acreedor	28-30	887
b. Retención de la propiedad por el acreedor	31-39	887
4. Garantía global uniforme	40-41	889
B. Resumen y recomendaciones	42-45	890

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. A lo largo del tiempo se han ido introduciendo prácticas muy diversas en los diversos países para garantizar los créditos de un acreedor (habitualmente para su cobro monetario) frente a su deudor. La presente Guía se ocupará únicamente de prácticas de probada eficiencia que hayan prosperado en muchos países (por ejemplo, la constitución contractual de un derecho real de garantía).

2. A grandes rasgos, cabe distinguir tres grandes categorías de instrumentos que se utilizan para fines de garantía. En primer lugar, los instrumentos concebidos para este fin y directamente designados por el término de garantía (ver sección A.2 *infra*); en segundo lugar, el recurso a la titularidad (propiedad) para fines de garantía, combinado con diversos tipos de arreglos contractuales (ver sección A.3); y en tercer lugar, el recurso a una única modalidad de garantía global uniforme (véase sección A.4).

2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía

a) Garantías reales sobre bienes muebles corporales

3. Tradicionalmente, la mayoría de los países distinguen entre los derechos reales de garantía sobre bienes muebles corporales (“bienes corporales”; ver sección A.2.a) y los derechos reales de garantía sobre bienes muebles inmateriales (“bienes inmateriales”; ver sección A.2.b *infra*). De hecho, la índole corporal de una cosa o bien se presta a constituir sobre ella formas de garantía no disponibles para los bienes inmateriales.

4. En la categoría de las garantías reales sobre bienes corporales, la mayoría de los países hacen una distinción basada en el hecho de que el deudor (o tercero) que otorgue la garantía retenga o no la posesión de la cosa constituida en garantía. El primer supuesto se designa tradicionalmente como garantía real con desplazamiento y el segundo como garantía real sin desplazamiento.

i) Garantía con desplazamiento

a. Prenda

5. La forma más común (y más antigua) de garantía con desplazamiento o entrega de la posesión, constituida sobre un bien corporal, es la prenda. La prenda requiere para su validez que el deudor (o tercero) otorgante renuncie a la posesión del bien corporal gravado y que lo entregue al acreedor garantizado o a un tercero designado por ambas partes (por ejemplo, un almacén). Esa desposesión del deudor (o del tercero garante) habrá de efectuarse al constituirse la garantía y deberá prolongarse mientras dure esa garantía; el retorno del bien gravado al deudor será normalmente causa de extinción de la prenda.

6. Esa desposesión no conlleva necesariamente el traslado a otro lugar del bien gravado, con tal de que el deudor pierda de algún modo acceso a dicho bien. Eso se consigue, por ejemplo, entregando al acreedor garantizado la llave del candado de la habitación donde se almacenen los bienes gravados, con tal de que así se prive al deudor de todo acceso a dichos bienes.

7. Esa desposesión del deudor puede asimismo efectuarse entregando los bienes gravados a un tercero o constituyendo en garantía bienes que ya obren en manos de un tercero. Cabe citar como ejemplo las mercancías o las materias primas ya depositadas en el almacén de un tercero. Como ejemplo de un arreglo institucional (pero más caro) cabe citar el de una empresa “depositaria” independiente que custodie los bienes pignorados en calidad de agente del acreedor garantizado. La validez de este arreglo dependería de que el deudor no tenga acceso, sin

autorización previa, a las salas o recintos donde estén depositados los bienes pignorados. Además los empleados de la empresa depositaria no podrán serlo a la vez del deudor (si por razón de su pericia, se han seleccionado de entre los empleados del propio deudor, será preciso cortar toda relación laboral que tuvieran con el mismo).

8. Tratándose de bienes de cierta índole, tales como documentos (sean o no negociables), que incorporen algún derecho sobre bienes corporales (p. ej. conocimientos de embarque o recibos de almacén) o bienes inmateriales (p. ej. títulos negociables, bonos o títulos bursátiles), la disposición se efectuará transfiriendo esos títulos o documentos al acreedor garantizado. Ahora bien, en supuestos de esta índole será, a veces, difícil trazar la línea divisoria entre las garantías con o sin desplazamiento.

9. A resultas de la desposesión del deudor, la prenda con desplazamiento reporta tres importantes ventajas al acreedor garantizado. En primer lugar, el deudor no podrá disponer de los bienes pignorados sin el consentimiento del acreedor garantizado. En segundo lugar, el acreedor no corre el riesgo de que el valor de los bienes gravados se vea mermado por negligencia o descuido de mantenimiento por parte del deudor. En tercer lugar, si la ejecución de la prenda es necesaria, el acreedor garantizado no perderá tiempo ni habrá de efectuar gasto alguno para reclamar la entrega por el deudor del bien gravado, ni correrá el riesgo de que ese bien no le sea entregado.

10. Por el contrario, la prenda con desplazamiento tiene ciertos inconvenientes para el deudor. El mayor inconveniente es que la desposesión priva al deudor de la utilización y disfrute de los bienes gravados. Esa desposesión puede ser particularmente gravosa en supuestos en los que la posesión del bien gravado sea necesaria para generar los ingresos con los que el deudor calcule para reembolsar el préstamo (como sucedería, por ejemplo, respecto de las materias primas, bienes semiacabados, equipo y existencias eventualmente gravados).

11. Para el acreedor garantizado, la prenda con desplazamiento tiene el inconveniente de que el acreedor garantizado deberá almacenar, custodiar y mantener los bienes gravados, salvo que esta tarea sea asignada a un tercero. En todo supuesto en el que el acreedor garantizado no desee o no pueda asumir estas cargas, el encomendarlas a un tercero supondrá gastos adicionales que directa o indirectamente recaerán sobre el deudor. Otra desventaja eventual es la responsabilidad en la que podría incurrir un acreedor garantizado en posesión de bienes gravados (por ejemplo, un prestamista que sea tenedor de un conocimiento de embarque o de un certificado de depósito de mercancías peligrosas) que ocasionen daños. Esto sería particularmente grave si esos daños son ambientales ya que las consecuencias monetarias (indemnizaciones y descontaminación) suelen exceder notablemente del valor de los bienes gravados y el escándalo ecológico podría dañar la reputación o el buen nombre del prestamista. En el derecho interno, no suele estar regulada la responsabilidad ambiental del acreedor garantizado que esté en posesión de los bienes. Algunos ordenamientos dan por no existente esa responsabilidad (ver, por ejemplo, la ley sueca del medio ambiente de 11 de junio de 1998, cuya exención básica fue subsiguientemente adoptada por el Libro Blanco de la Comisión de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental de 9 de febrero de 2000). Otras leyes limitan esa responsabilidad en determinados supuestos (p. ej.,

la ley de responsabilidad, indemnización y respuesta ecológica global de los Estados Unidos de América, en su forma enmendada).

12. Ahora bien, cuando las partes pueden soslayar las desventajas anteriormente mencionadas, la prenda con desplazamiento puede serles útil. Cabe citar dos grandes aplicaciones. En primer lugar, cuando los bienes gravados se encuentran ya o pueden pasar fácilmente a manos de un tercero, como pudiera ser una entidad que custodia bienes ajenos. El segundo supuesto es el de aquellos títulos o documentos que incorporan la titularidad sobre un bien corporal o inmaterial, que pueden pasar fácilmente a manos del propio acreedor garantizado (son supuestos habitualmente regulados por leyes especiales).

b. Derecho de retención

13. El derecho de retención es de índole contractual (y no real). Permite que una parte en un contrato se abstenga de cumplir su propia prestación por incumplimiento de la otra y, concretamente, retenga algún bien que, con arreglo a lo estipulado en el contrato, la parte, que ejercite su derecho de retención, esté obligada a entregar a la parte que ha incumplido la suya. Por ejemplo, un taller de reparación no necesita devolver el artículo reparado a su cliente si, contrariamente a lo estipulado, éste no abona el precio convenido.

14. No obstante, si un derecho contractual de retención está respaldado por un derecho la facultad de proceder a la venta del bien retenido, la parte que goce de ese derecho reforzado gozará de un derecho real sobre el bien así retenido. En algunos ordenamientos jurídicos, este derecho real está conceptuado como una prenda, aun cuando se haya seguido un método distinto del de la prenda para constituirlo (véanse párrs. 5 a 8 *supra*). Cabe igualmente conceptuar ese derecho de retención reforzado como un derecho dotado de ciertos efectos de la prenda.

ii) Garantía real sin desplazamiento

15. Como se observó anteriormente (véase el párrafo 10), la prenda con desplazamiento constituida sobre bienes requeridos para el proceso de fabricación o destinados a la venta (tales como bienes de equipo, materias primas, artículos semiacabados y existencias) es económicamente inviable. Estos bienes o artículos son necesarios para la marcha del negocio de todo deudor comercial, por lo que si se le priva de acceso o del derecho de disposición sobre dichos bienes, el deudor no podrá obtener los ingresos requeridos para reembolsar el préstamo que haya tomado. Este problema puede ser particularmente grave para el creciente número de deudores comerciales que carecen de inmuebles susceptibles de ser constituidos en garantía.

16. Para resolver este problema, la legislación de algunos países ha ido introduciendo, particularmente durante los últimos 50 años, la posibilidad de constituir garantías sobre bienes muebles fuera del marco restrictivo de la prenda con desplazamiento. Mientras que algunos países han introducido un nuevo derecho real más funcional, la mayoría de los países han mantenido el régimen “histórico” de la prenda como única modalidad legítima de constituir un bien mueble en garantía. En el *common law* inglés el denominado “*charge*” (gravamen) fue durante cierto tiempo la única garantía real sin desplazamiento. A lo largo del siglo XX, el

legislador y los tribunales han reconocido la necesidad económica de constituir garantías sobre bienes muebles que no requieran el desplazamiento o entrega de la posesión.

17. Cada país ha intentado solucionar esta dificultad conforme a sus necesidades y peculiaridades locales, lo que explica la diversidad de las soluciones que se han dado. Un claro reflejo de la diversidad existente es la multitud de denominaciones empleadas, incluso en el interior de un solo país, tales como: desposesión "ficticia"; prenda sin desplazamiento; prenda inscripta en un registro; *nantissement* (prenda de inmuebles); certificado de prenda; *hypothec*; certificado de venta; *chattel mortgage* (hipoteca mobiliaria del *common law*); *trust* (derecho real fiduciario, propio del *common law*); etc. De mayor importancia es el limitado ámbito de aplicación de esas soluciones. Tan sólo algunos países han promulgado leyes generales sobre la garantía real sin desplazamiento (ver un enfoque más global en la sección A.4). Algunos países disponen de dos regímenes legales, uno aplicable a las garantías utilizadas en la financiación industrial o artesanal y otro aplicable a las garantías utilizadas en la financiación de empresas pesqueras y agrícolas. Ahora bien, en la mayoría de los países existe una legislación especializada aplicable a pequeños sectores, como la adquisición de automóviles o de maquinaria, o la producción cinematográfica.

18. En algunos países se observa incluso cierta renuencia a permitir la constitución de garantías reales sobre las existencias inventariadas de una empresa. Se alega a este respecto cierta incompatibilidad intrínseca entre la garantía real del acreedor y el derecho del deudor a vender sus existencias. Otra objeción es que la enajenación de esas existencias puede dar lugar a conflictos muy complejos entre diversos cesionarios o entre diversos acreedores garantizados. Otra objeción posible sería la creada por la permisión legal eventual de poner esas existencias a disposición de la satisfacción de créditos de acreedores del deudor que no gocen del respaldo de una garantía real.

19. Por muy diverso que sea el régimen legal de la garantía real sin desplazamiento, ese régimen acostumbra a exigir cierta forma de publicidad para la garantía así otorgada. La finalidad de esa publicidad es contrarrestar la falsa impresión de riqueza imputable al hecho de que los bienes gravados sigan obrando en manos del deudor ("secreto"; ver al respecto capítulo V, Publicidad).

20. Parece ser necesario colmar la brecha entre la demanda de garantías reales constituidas sobre bienes de índole comercial que es preciso, por razones económicas, que sigan obrando en manos del deudor, y el acceso a menudo limitado a estas formas de garantía. La finalidad primordial de toda reforma jurídica eventual en esta esfera de las garantías reales sin desplazamiento, en general, y de la presente Guía, en particular, es la de sugerir posibles mejoras en este campo y en el de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales (véase sección A.2.b *infra*).

21. Si bien algunos regímenes modernos han mostrado que las dificultades son superables, el régimen moderno de la garantía real sin desplazamiento o entrega de la posesión es más complejo que el de la prenda tradicional con desplazamiento. Ello se debe en buena parte a las siguientes cuatro características básicas de la garantía real sin desplazamiento. En primer lugar, puesto que el deudor retiene la posesión de la cosa, conserva la facultad de disponer de ella o de crear una garantía real concurrente sobre la cosa o el bien gravado, incluso contra la voluntad del

acreedor que goza de una garantía real sobre dicha cosa o bien. Ello obliga a introducir ciertas reglas relativas a los efectos de dichos actos de disposición y al orden de prelación de los derechos así creados (ver capítulo VII, Prelación). En segundo lugar, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que el deudor en posesión de la cosa gravada la custodia con la diligencia debida y preserva su valor comercial. El acreedor garantizado deberá por ello estipular estas obligaciones del deudor en el acuerdo de garantía con él concertado (ver capítulo VIII, Derechos y obligaciones de las partes previas al incumplimiento). En tercer lugar, de haberse de proceder a la ejecución de la garantía, el acreedor garantizado preferirá a menudo hacerse con la posesión del bien gravado. Ahora bien, si el deudor no está dispuesto a desprenderse de ese bien o bienes, es probable que el acreedor haya de presentar una demanda ante los tribunales, para lo que tal vez convenga prever alguna acción o vía procesal agilizada (véanse capítulos IX, Incumplimiento y ejecución, y X, Insolvencia). En cuarto lugar, cuando sea necesario, debe actuarse contra la falsa apariencia de riqueza del deudor, dado por garantías reales constituidas sobre bienes del deudor, recurriendo a diversas formas de publicidad (véanse los capítulos V, Publicidad, y VI, Sistema registral).

22. Dada la existencia de modelos legales anteriores (véanse los párrafos 16 a 19), el legislador tal vez se encuentre ante tres opciones. La primera sería la de introducir un régimen legal uniforme para las garantías con o sin desplazamiento de la posesión (ver sección A.4). La segunda sería la de introducir un nuevo régimen legal uniforme para la garantía real sin desplazamiento, dejando el régimen de la garantía real con desplazamiento al arbitrio del derecho interno aplicable (véase Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos; véase también párr. 40). La tercera sería la de introducir un régimen legal especial que permita recurrir a la garantía real sin desplazamiento para la financiación de empresas deudoras en determinadas ramas del comercio o de la industria. La tendencia dominante entre los regímenes más modernos, tanto a nivel interno como internacional, es la de uniformar el régimen aplicable al menos en lo relativo a la garantía real sin desplazamiento. La adopción de un criterio selectivo podría ser fuente de lagunas e incoherencias en este campo, y podría dar lugar a quejas provenientes de todo sector industrial que se vea excluido.

b) Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales

23. Entre los bienes inmateriales figuran una amplia gama de derechos (p. ej., el derecho al cobro de una suma o al cumplimiento de alguna otra obligación contractual, tales como la entrega de petróleo en el marco de un contrato de suministro industrial). Cabe citar ciertas categorías relativamente nuevas de bienes inmateriales (por ejemplo, títulos bursátiles, estén o no incorporados a un título valor, que obren directamente, o a través de algún intermediario, en poder de su titular o propietario). Los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, patentes, marcas comerciales y derechos de autor) forman otra categoría de bienes inmateriales. En vista de la enorme importancia económica adquirida por los bienes inmateriales durante los últimos años, está creciendo la demanda para la utilización de estos bienes como sustrato o soporte económico válido para la constitución de una garantía real. Incluso en operaciones de financiación de la compra de equipo industrial o de existencias comerciales, la garantía se constituye sobre los derechos de propiedad intelectual incorporados a las existencias, o al equipo, por lo que el

principal valor sobre el que recae la garantía está radicado en esos derechos de propiedad intelectual.

24. Por definición, un bien inmaterial no se presta a ser poseído (físicamente). No obstante, el derecho interno de la mayoría de los llamados países de derecho civil o "romano" ha previsto la constitución de una prenda posesoria (véanse los párrafos 5 a 12 *supra*) sobre ciertos créditos monetarios, al menos. El derecho interno de estos países se ha esforzado por crear la similitud de una desposesión exigiéndole al deudor que transfiera al acreedor todo escrito o documento vinculado con el crédito constituido en prenda (como sería el contrato que haya dado lugar a su nacimiento). Ahora bien, esa transferencia, no bastará para constituir la prenda. Lo habitual es que la "desposesión" del deudor sea (artificialmente) sustituida por el requisito de la entrega de una notificación de la prenda constituida al deudor del crédito constituido en prenda.

25. En algunos países, se han desarrollado técnicas que surten efectos comparables a los de la entrega en posesión de un bien corporal. La técnica más radical es la de la transferencia plena del derecho gravado (o de la porción gravada de ese derecho) al acreedor garantizado. Ahora bien, esta técnica va más allá del efecto propio de la constitución de una garantía real, al ser equiparable a una transferencia de la propiedad (véase sección A.3.a *infra*). Conforme a una técnica de alcance más restringido, la titularidad del derecho gravado no se verá en sí afectada, pero será inválido todo acto de disposición del deudor efectuado sin autorización del acreedor garantizado. Cabe utilizar esta técnica cuando el poder de disposición sobre el bien gravado obre en manos de una persona distinta del obligado a cumplir la prestación sobre la que se haya constituido la garantía real del acreedor garantizado (es decir, obre en manos del tercero deudor). En el supuesto de una cuenta bancaria, si el deudor consiente, en su calidad de titular de la cuenta, en que su cuenta sea bloqueada como salvaguarda de la garantía del acreedor garantizado, éste dispondrá sobre la cuenta de un poder equivalente al que le daría la posesión de un bien mueble corporal. Y ese poder será aún más real si el acreedor garantizado es el propio banco en donde figura esa cuenta.

26. En terminología moderna, esas técnicas de obtener "posesión" de bienes inmateriales se denominan correctamente técnicas de "control". Ese control puede, no obstante, ser de diverso grado. En algunos casos, el control será absoluto impidiendo todo acto de disposición del deudor. En otros casos, el deudor podrá efectuar ciertos actos de disposición o podrá disponer de sumas que no excedan del tope máximo fijado, con tal de que el acreedor garantizado tenga acceso a la cuenta. Ese control puede ser un requisito para la validez (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párr. 54) o la prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 11) de la garantía real.

3. Recurso a la titularidad para fines de garantía

27. Además de las técnicas propias de la garantía real (ver sección A.2 *supra*), la práctica comercial y en ocasiones la ley han recurrido en muchos países a una técnica alternativa para la constitución de una garantía real sin desplazamiento en bienes tanto corporales como inmateriales a saber la titularidad (o propiedad) del bien como forma de garantía (*propriété sûreté*). La propiedad puede constituirse en una forma de garantía ya sea mediante su transferencia al acreedor (ver sección A.3.a *infra*) o mediante su retención por el acreedor (ver sección A.3.b

infra). Tanto la transferencia como la retención de la propiedad o titularidad facultan al acreedor para obtener una forma de garantía real no posesoria o sin desplazamiento de la cosa (ver en párr. 15 *supra* en lo relativo a la necesidad económica, y la razón de ser, de la garantía real sin desplazamiento).

a) Transferencia de la titularidad al acreedor

28. La transferencia como garantía de la titularidad resulta atractiva en algunos ordenamientos internos por dos razones. En primer lugar, los requisitos para la transferencia a otra persona de la titularidad son a menudo menos exigentes que los requisitos exigidos para la constitución de una garantía real. En segundo lugar, en un supuesto de ejecución de la garantía o de insolvencia del deudor, el acreedor se encontrará a menudo en mejor situación si es titular de un derecho de propiedad que si es titular de un derecho real de rango secundario. Conforme al derecho interno de otros países, la propiedad como forma de garantía no ofrece ninguna ventaja respecto de las garantías reales en lo relativo a los requisitos exigidos para su constitución como garantía o para su ejecución eventual.

29. La transferencia de la propiedad a título de garantía está permitida por ley en algunos países y está reconocida por la práctica jurisprudencial en otros. En muchos otros países, especialmente en los países denominados de derecho civil, la transferencia de la propiedad como forma de garantía está considerada como una simple evasión del régimen normal de las garantías reales, por lo que se tiene por nula. En otros países se reduce el efecto jurídico de la transferencia de la propiedad, cuando se hace para fines de garantía, al de una garantía real ordinaria, especialmente en supuestos en los que ese derecho haya de competir con el derecho de otros acreedores del deudor.

30. El legislador se encontrará ante dos opciones. La primera sería la de admitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía con los requisitos (habitualmente) menores y con los efectos superiores propios de una transferencia de la propiedad, con lo que se soslayarían ciertos inconvenientes del régimen general de las garantías reales. La otra opción sería la de permitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía, pero limitando sus requisitos o sus efectos, o ambos a la vez, a los de una mera garantía real. La primera opción puede dar lugar al fortalecimiento de la posición del acreedor garantizado, al tiempo que debilita la posición del deudor y de los demás acreedores del deudor. Esta solución puede estar justificada en países que no dispongan de un régimen moderno de la garantía real sin desplazamiento. Conforme a la segunda opción, cabe conseguir una reducción graduada de las ventajas reportadas al acreedor garantizado y de las desventajas correlativas de las restantes partes, especialmente si los requisitos de la transferencia de la titularidad o sus efectos, o unos y otros, son definidos en función de lo requerido por una garantía real. Toda variante de esta última solución estaría asimismo justificada, si con ella se contrarrestan ciertas debilidades del régimen general de la garantía sin desplazamiento.

b) Retención de la propiedad por el acreedor

31. La segunda manera de utilizar la titularidad del bien como forma de garantía es la retención contractual de esa titularidad (reserva de la propiedad). El vendedor o todo otro prestamista del dinero requerido para comprar un bien corporal o incluso

inmaterial puede retener la titularidad del bien hasta completar el cobro del precio de compra. Este tipo de operación se denomina a menudo "financiación del precio de compra" (ver descripción y ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párrs. 3 a 5).

32. Una variante del acuerdo de retención de la titularidad (o de la financiación de precio de compra) consiste en combinar un contrato de arriendo con una opción de compra para el arrendatario (por una suma nominal), que el arrendatario sólo podrá ejercitar cuando haya pagado la mayor parte del "precio de compra" mediante el pago de cuotas periódicas de arriendo (ver ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párr. 7). En supuestos en los que el arriendo de equipo o de algún otro bien cubra toda su vida útil cabe considerar ese arriendo como un arreglo de retención de la titularidad incluso sin opción final de compra.

33. Económicamente, un arreglo de retención de la titularidad conlleva una garantía real que satisface particularmente bien la obligación del vendedor al que se financia el precio de compra de garantizar el crédito que de hecho se le otorga, por lo que esos vendedores recurren a menudo a esta técnica. En muchos países, este tipo de crédito está muy difundido como posible vía alternativa de otros créditos bancarios no expresamente destinados a financiar el precio de compra. Un banco puede, por ejemplo, financiar el precio de compra cuando el vendedor vende al banco y el banco vende, a su vez, a un comprador reteniendo la propiedad del bien o cuando el comprador paga al vendedor en metálico con fondos prestados por un banco al que el comprador traspasa la titularidad como garantía del préstamo. Esta fuente de crédito y su garantía real anexa merecen particular atención como forma de fomentar un mercado crediticio competitivo.

34. Gracias a su origen como simple cláusula de un contrato de venta o arriendo, muchos países consideran la retención de la titularidad como una cuasigarantía que no está, por ello, sujeta al régimen general de las garantías reales ni en cuanto a sus requisitos de forma o de publicidad ni en cuanto a sus efectos (principalmente en materia de prelación). A diferencia de la transferencia de la titularidad, su retención por el acreedor otorga, en muchos países, una posición jurídica privilegiada. Ello puede estar justificado por el deseo de promover la técnica de la financiación del precio de compra por el proveedor como vía alternativa de créditos bancarios no destinados a financiar el precio de compra. Otro argumento a menudo utilizado, pero menos convincente, es el de que todo vendedor, que se desprende de la cosa o bien vendido sin recibir el pago, necesita de cierta protección.

35. Como contraste, el derecho interno de algunos países ni reconoce ni prohíbe las cláusulas de retención de la titularidad. Otros países limitan el ámbito de aplicación de esas cláusulas al denegarles efecto respecto de ciertos bienes, especialmente respecto de las existencias inventariadas, en función del criterio de que la retención por el vendedor de la titularidad es incompatible con la facultad otorgada al comprador de disponer de los bienes inventariados.

36. Cabe considerar diversas opciones de política legislativa. La primera sería la de preservar la índole especial del acuerdo de retención de la titularidad como dispositivo jurídico basado en el derecho de propiedad sobre cierto bien. Una segunda opción sería la de limitar la validez de todo acuerdo de retención de la titularidad a la financiación del precio de compra del bien o bienes considerados con exclusión de todo otro crédito, y/o al bien comprado con exclusión de sus frutos o del producto de su venta. Una tercera opción sería la de incorporar el arreglo de

retención de la titularidad al régimen normal de las garantías reales. En ese caso, cabría otorgar ciertas ventajas al acreedor-vendedor. Otra opción más sería la de equiparar plenamente esta técnica de retención de la titularidad a la de toda otra garantía real sin desplazamiento.

37. Las primeras dos opciones supondrían la preservación, o incluso la creación, de un régimen especial al margen del régimen global de las garantías reales sin desplazamiento. La primera opción, en particular, dota al acreedor-vendedor de amplios privilegios, lo que conllevaría desventajas correlativas para los demás acreedores del comprador, especialmente de ejecutarse la garantía real del vendedor o de declararse la insolvencia del comprador. Una desventaja técnica de la retención de la titularidad es que impedirá que el comprador utilice el bien comprado para constituir una garantía de menor prelación a favor de otro acreedor. Otra desventaja de esta técnica es que imposibilita o dificulta la ejecución de los derechos de los demás acreedores del deudor sin el consentimiento del vendedor.

38. Las dos últimas opciones anteriormente mencionadas (ver párr. 36) están más en línea con el régimen global de las garantías reales. Estas opciones aceptan que el vendedor que financia el precio de compra ocupa una posición privilegiada por desprenderse de los bienes vendidos contra la obtención de un tipo de crédito que merece ser fomentado por razones económicas. Por el contrario, por consideración a los demás acreedores del comprador, ese privilegio quedará limitado al precio de compra del bien considerado y al bien o bienes cuya venta se financie. Como contraste, toda garantía constituida sobre los frutos o el producto de la venta de los bienes comprados no gozará de ese privilegio y estará sujeto al régimen común aplicable a las garantías reales.

39. La conversión de esta técnica de retención de la titularidad en una garantía real mejoraría la posición del deudor-comprador dado que le permitiría crear garantías reales (sin desplazamiento) de rango inferior para garantizar un préstamo negociado con otro acreedor. Mejoraría asimismo la posición de los demás acreedores del deudor-comprador caso de procederse a la ejecución de la garantía sobre el bien gravado o caso de incurrir el deudor en insolvencia.

4. Garantía global uniforme

40. La idea de una única garantía real global uniforme fue lanzada inicialmente en los Estados Unidos a mediados del siglo XX en el marco del Código Comercial Uniforme (*UCC*) de ese país. El Código Comercial Uniforme, régimen legal modelo adoptado por los 50 estados de la Unión, creó una única garantía real global. El artículo 9 del *UCC* unificó una multitud de derechos reales con y sin desplazamiento sobre bienes corporales y bienes inmateriales, incluidos los arreglos de transferencia y retención de la titularidad, que existían a tenor de las leyes promulgadas por los diversos estados de la Unión y a tenor del *common law* del país. Esta idea se extendió al Canadá y a Nueva Zelandia y ha sido adoptada por unos cuantos países de Europa. Ha sido recomendada en la ley modelo sobre operaciones garantizadas preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. La Ley Modelo Interamericana de la Organización de Estados Americanos, que sigue en muchos aspectos un enfoque similar, ha restringido su aplicación al supuesto de la garantía sin desplazamiento, dejando la garantía con desplazamiento al arbitrio del derecho interno de cada Estado, en consideración a la

división del poder legislativo que impera entre las unidades constitutivas de los Estados federales[1].

41. El rasgo principal de toda garantía real única y omnicomprensiva es que ha de fusionar el régimen de la prenda tradicional con desplazamiento o entrega de la posesión con el régimen de la prenda sin desplazamiento y de la transferencia o retención de la titularidad para fines de garantía. Con ello se crearía un único régimen coherente y global de las garantías reales que evitaría toda laguna o incoherencia eventual. Los principios inspiradores de ese régimen global básico y el contenido de cada una de sus disposiciones podrán ser libremente determinados por el legislador de cada país. Por ejemplo, este régimen unitario no impide que se tengan en cuenta ciertos derechos o garantías especiales al fijar el orden de prelación (p. ej. a favor de la garantía real otorgada al crédito por el que se financie el precio de compra).

B. Resumen y recomendaciones

42. Aun cuando sean limitados, se dan ciertos supuestos en los que la prenda con desplazamiento cumple una función valiosa de garantía real.

43. Un derecho contractual de retención de la titularidad, que faculte al acreedor para vender bien el gravado, funciona al igual que una prenda con desplazamiento (ver párr. 14).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee someter ese derecho contractual de retención de la titularidad al régimen de la prenda posesoria, con la salvedad, al menos en algunos supuestos, de las reglas aplicables a la constitución de ese derecho de retención*].

44. Las garantías reales sin desplazamiento son de suma importancia para todo régimen eficiente y moderno de las operaciones garantizadas. La empresa deudora precisa de la posesión del bien gravado y el acreedor garantizado debe ser amparado contra todo crédito concurrente en un supuesto de incumplimiento o, más aún, de insolvencia del deudor (ver párr. 15).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si dicho régimen debe ser aplicable a las garantías reales tanto con desplazamiento como sin desplazamiento o únicamente a la garantía real sin desplazamiento (ver párr. 22)*.]

45. A la luz de la creciente importancia de los bienes inmateriales como valor constituido en garantía de un crédito, y de la frecuente insuficiencia del régimen legal aplicable a este tipo de garantía, sería conveniente preparar un régimen legal moderno de la garantía real sobre bienes inmateriales (ver párr. 23).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Para mayor coherencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene que el régimen de las garantías constituidas sobre bienes inmateriales sea lo más similar posible al de la garantía real sin desplazamiento sobre bienes corporales*.

[1] En Estados como la Argentina, el Brasil y México sólo las provincias gozan de la facultad de legislar sobre la prenda con desplazamiento.

El Grupo de Trabajo tal vez también desee examinar las recomendaciones que convendría formular en la Guía respecto de los bienes inmateriales, y particularmente respecto de los valores bursátiles y de los derechos de propiedad intelectual y los créditos nacidos de estos derechos. En su examen de este asunto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta: la labor al respecto de otras organizaciones; el hecho de que ciertos bienes inmateriales puedan ser constituidos en garantía en el marco de operaciones relativas a la constitución de garantías sobre bienes corporales (p. ej., la financiación de equipo o de existencias); y la complejidad inherente a todo régimen de la garantía real constituida sobre bienes inmateriales, y la viabilidad del mismo.

Tal vez el Grupo de Trabajo desee además considerar la utilidad de la transferencia de la titularidad para fines de garantía y la conveniencia de retener esta técnica eficiente y eficaz de garantía sin desplazamiento sobre bienes tanto corporales como inmateriales (ver párr. 30). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también si procede conceptuar la retención de la titularidad como derecho de propiedad en sentido estricto o como simple dispositivo de garantía (ver párrs. 36 y 37).

Si el Grupo de Trabajo decide tratar la retención de la titularidad como dispositivo de garantía, tal vez desee conferir al acreedor-vendedor o a todo otro financiador del precio de compra una prelación especial equivalente a la prelación de que gozaría un propietario del bien o bienes gravados por ese concepto. Esa prelación especial quedaría limitada al bien o a los bienes vendidos y a su precio de compra no reembolsado con exclusión del producto y de otros créditos (ver párr. 38). El Grupo de Trabajo tal vez desee que la conceptuación de la retención de la titularidad como equivalente de una garantía real "ordinaria" no debe prejuzgar su conceptuación para otros fines (por ejemplo, para fines tributarios, de contabilidad, etc.).

Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las ventajas y los inconvenientes de la solución preconizada por diversos regímenes modernos de las garantías reales que han optado por una única garantía real global y uniforme (ver párrs. 40 y 41).]

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-57	892
IV. Constitución de garantías reales	1-57	892
A. Observaciones generales	1-57	892
1. Introducción	1-3	892
2. Elementos básicos de una garantía real	4-34	893
a) Obligaciones a garantizar	5-16	893
b) Bienes a gravar	17-29	896
c) Producto de los bienes gravados	30-34	898
3. Acuerdo de garantía	35-46	899
a) Definición	35	899
b) Contenido mínimo	36-38	900
c) Formalidades	39-43	900
d) Efectos	44-46	901
4. Requisitos suplementarios	47-54	901
a) Introducción	47	901
b) Derecho del otorgante a disponer de los bienes	48-51	902
c) Transferencia de posesión, publicidad y control	52-54	903
B. Resumen y recomendaciones	55-57	903

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

IV. Constitución de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Dado que la presente Guía trata casi exclusivamente de las garantías reales contractuales (los derechos reales de garantía legislativos o judiciales sólo se mencionan de forma marginal, por ejemplo, en el contexto de los conflictos de prelación; véase el capítulo XI), en el presente capítulo se explica la base

contractual para la constitución de un derecho real de garantía. Dado que por lo general un contrato no es suficiente para crear una garantía real eficaz, en el presente capítulo se abordan también otros requisitos suplementarios (por ejemplo, la transferencia de la posesión, la publicidad o el control). Antes de examinar el acuerdo de garantía (véase la sección A.3) y los requisitos suplementarios para constituir una garantía real eficaz (véase la sección A.4), en la presente Guía se esbozan los dos elementos básicos, a saber, las obligaciones que deben garantizarse (véase la sección A.2.a)) y los bienes que deben gravarse (véase la sección A.2.b)).

2. A diferencia de lo que ocurre con la propiedad, que en principio no permite establecer una jerarquía de propietarios, en los derechos reales de garantía no existe tal monopolio. Así, pueden establecerse paralelamente diversas garantías sobre un bien. Esta coexistencia de varios derechos reales de garantía sobre un mismo bien permite al otorgante utilizar plenamente el valor económico del bien. Esta coexistencia de las garantías reales es posible gracias a su jerarquización en función de la fecha en que se realizó un acto (por ejemplo, el de constitución, publicidad o control; sobre las condiciones y los efectos de la jerarquización, véase el capítulo VII).

3. Aun cuando una garantía real se haya creado válidamente, puede ocurrir que no cumpla su función más importante, que es la de asegurar el derecho preferente del acreedor garantizado al patrimonio insolvente del deudor. Esta situación puede darse, por ejemplo, cuando la constitución de un derecho de garantía contravenga las disposiciones del régimen de la insolvencia relativas a la invalidez de las medidas adoptadas por el deudor para enajenar el patrimonio durante el período de sospecha anterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia (véanse los detalles en el capítulo X).

2. Elementos básicos de una garantía real

4. Normalmente, la garantía es un elemento accesorio de la obligación garantizada. Esto significa que la validez y las condiciones de la garantía dependen de la validez y de las condiciones de la obligación garantizada. En particular, las condiciones de la garantía no pueden superar a las de la obligación garantizada (pero pueden reducirse si las partes convienen en ello). Este principio ha sido objeto de ciertas restricciones a fin de ajustarse a las prácticas modernas de financiación, que requieren que la garantía mantenga cierta independencia respecto de la obligación garantizada (por ejemplo, en las operaciones de créditos renovados). No obstante, sigue siendo uno de los principales principios del régimen de los créditos garantizados.

a) Obligaciones a garantizar

i) Limitaciones

5. En los países cuya legislación regula únicamente determinados tipos de garantías sin traspaso de la posesión, las obligaciones garantizadas se limitan a las descritas en dicha legislación (por ejemplo, los préstamos para la compra de automóviles o los préstamos para los agricultores).

6. En cambio, tales limitaciones no existen en los países que cuentan con un régimen general para las garantías reales únicamente con o sin desplazamiento de la

posesión. Sin embargo, incluso en un régimen uniforme puede ser necesario hacer, por razones prácticas, algunas distinciones funcionales (por ejemplo, a fin de dar prelación a los créditos destinados a las compras esenciales).

7. En aras de la coherencia y de la igualdad de tratamiento de todos los deudores y acreedores garantizados, conviene evitar en lo posible hacer distinciones funcionales entre las obligaciones garantizadas. Sólo habría que introducir o mantener tales regímenes especiales donde, por razones especiales (particularmente la protección social o graves desequilibrios económicos), se considere necesario instituir tal régimen de protección. En cualquier caso, cuando resulten necesarios, estos regímenes especiales deben ser adoptados expresamente por los legisladores y deben quedar fuera de su alcance una gran diversidad de obligaciones.

ii) Tipos de obligaciones

a. Obligaciones monetarias y no monetarias

8. Al igual que en la mayoría de las legislaciones, la Guía parte de la hipótesis de que, en la práctica, las obligaciones garantizadas más importantes son las monetarias. Sin embargo, existen también casos en que se exige el cumplimiento garantizado de obligaciones no monetarias (por ejemplo, para la entrega de mercancías). Este requisito es aceptado en muchos ordenamientos jurídicos, siempre y cuando las obligaciones no monetarias garantizadas puedan convertirse, en el momento de su ejecución, en obligaciones monetarias.

b. Tipos de obligaciones monetarias

9. Desde un punto de vista legislativo, es imposible enumerar exhaustivamente las posibles fuentes de obligaciones monetarias. Además, es innecesario, ya que la fuente jurídica no es pertinente a efectos de la garantía, a menos que haya un régimen especial (por ejemplo, para los préstamos pignoraticios). En toda lista indicativa de tales obligaciones monetarias figurarían normalmente las obligaciones derivadas de préstamos y la adquisición de bienes mediante crédito.

c. Obligaciones futuras

10. La garantía de obligaciones actuales, es decir, las que han nacido simultáneamente con la creación del derecho de garantía, o anteriormente, no plantea particulares problemas. La garantía de obligaciones futuras, es decir, las que nacen después de la creación del derecho de garantía, si bien puede plantear ciertas cuestiones, reviste una gran importancia económica (por ejemplo, para las operaciones de créditos renovables; véase A/CN.9/WP.2/Add.2, párrs. 8 a 10). Para las prácticas comerciales supondría una notable carga que cada prórroga o incremento de crédito requiriera una correspondiente modificación de la garantía o incluso la constitución de una nueva.

11. Por esta razón, muchos ordenamientos jurídicos reconocen la garantía para las obligaciones futuras. La posible incompatibilidad con el principio del carácter accesorio del derecho de garantía (conforme al cual la validez y las condiciones del derecho de garantía dependen de la validez y de las condiciones de la obligación garantizada) es más aparente que real, ya que, si bien la garantía se crea antes, no surte efecto hasta que nace la obligación garantizada propiamente dicha. En algunos ordenamientos jurídicos se limitan las obligaciones futuras para proteger al deudor.

A consecuencia de esas limitaciones, puede ocurrir que el deudor no se beneficie de operaciones como las de créditos renovables.

12. Las obligaciones sujetas a una condición subsiguiente no son obligaciones actuales y, por lo tanto no plantean problemas especiales. Normalmente, las obligaciones sujetas a condiciones anteriores se tratan como obligaciones futuras (véanse los párrafos 10 y 11 *supra*).

d. Una obligación, varias obligaciones o todas las obligaciones/cantidad máxima

13. En algunos ordenamientos jurídicos debe describirse o fijarse un límite máximo de la obligación garantizada. Se parte de la hipótesis de que la descripción o el límite benefician al deudor. No obstante, los requisitos pueden entrañar la limitación de la cantidad de crédito disponible o el aumento del costo del crédito. Ésta es la principal razón por la que los ordenamientos jurídicos modernos no requieren descripciones concretas y permiten cláusulas que engloban "todas las sumas" o que, al menos, no fijan topes para las obligaciones garantizadas (véanse los párrafos 14 y 16 *infra*). El acreedor garantizado no puede reclamar más de lo que se le adeuda y, si la obligación está plenamente garantizada, es probable que se ofrezcan al deudor mejores condiciones de crédito.

e. Fluctuación del importe de la obligación

14. Tal como se ha señalado anteriormente (véase el párrafo 10), las operaciones modernas de financiación ya no prevén un pago único sino, muchas veces, anticipos que se abonan en diversos momentos en función de las necesidades del deudor. Esta financiación puede llevarse a cabo mediante una cuenta corriente cuyo saldo fluctúe a diario. Si se redujera el importe de la obligación garantizada cada vez que se efectuara un pago (conforme al principio del carácter accesorio de la garantía), los prestamistas sólo estarían dispuestos a pagar más anticipos si se les diera una garantía suplementaria. Esta consecuencia podría evitarse interpretando de forma razonable la intención de las partes, consistente en determinar el importe de la obligación garantizada mediante el importe (fluctuante) del saldo de la cuenta corriente, sin tener en cuenta un nivel máximo intermedio e inferior.

f. Moneda extranjera

15. El importe de la obligación garantizada puede expresarse en cualquier moneda. En ocasiones, pueden surgir dificultades a la hora de convertir la moneda en la del lugar de pago, en el momento de la ejecución o en caso de insolvencia. La cuestión de la moneda puede dejarse en manos de las partes, conforme a lo que dispongan las leyes pertinentes.

iii) Descripción

16. Normalmente no es necesario hacer una descripción específica de cada obligación garantizada (véase el párrafo 13 *supra*). No obstante, las obligaciones garantizadas y sus importes deben determinarse o ser determinables cuando resulte necesario (por ejemplo, en el momento de la ejecución a cargo de un acreedor garantizado o de otro acreedor del deudor) sobre la base del acuerdo de garantía.

b) Bienes a gravar

i) Limitaciones

17. Al igual que en los regímenes especiales para determinados tipos de obligaciones garantizadas (véase el párrafo 5 *supra*), puede haber leyes especiales para tipos concretos de derechos reales sin traspaso de la posesión que introduzcan limitaciones sobre los tipos de bienes que pueden constituirse en garantía. Los activos que no pueden constituirse en garantía son, por ejemplo, los sueldos, las pensiones y los bienes domésticos esenciales (salvo como garantía para obligaciones de pago del precio de compra).

18. A falta de razones de orden público para esos regímenes, debería ser posible constituir una garantía real sobre todos los tipos de bienes, tanto corporales como inmateriales, incluidos los derechos de cobro u otras obligaciones. Como garantía deberían servir incluso las reclamaciones monetarias del deudor frente al acreedor garantizado.

ii) Bienes futuros (incluidos los posteriormente adquiridos)

19. La cuestión de si los bienes futuros pueden gravarse es de gran importancia práctica. Se da un amplio significado al término "futuro", que abarca los bienes ya existentes en el momento de la celebración del acuerdo de garantía pero que aún no pertenecen al deudor (o de los que el deudor no puede disponer). El concepto de bien "futuro", abarca también los bienes que, en un determinado momento, ni siquiera existen.

20. En algunos países, las partes pueden convenir en constituir un derecho real sobre un futuro bien del deudor. La enajenación del bien es actual pero sólo es efectiva cuando el deudor pasa a ser el propietario del bien o adquiere de otro modo el derecho a disponer de él. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, aprobada por la Asamblea General el 12 de diciembre de 2001 ("la Convención sobre la Cesión") sigue este criterio (véase el artículo 8 2) y el artículo 2 a)).

21. Este criterio es importante, en particular para las operaciones de préstamos renovables (véase el párrafo 10 *supra*). Los bienes a los que se suele aplicar esta técnica son los inventarios, que por naturaleza se venden y se sustituyen, y los créditos, tras cuyo cobro son sustituidos por nuevos créditos. La principal ventaja de este enfoque es que con un acuerdo de garantía es suficiente para constituir una garantía sobre una sucesión de bienes que se ajusten a la descripción enunciada en el acuerdo de garantía. De otro modo, serían necesarios varios actos sucesivos de creación de nuevos derechos de garantía, lo cual incrementaría el costo de la operación. La misma técnica puede aplicarse también cuando se deba fijar una garantía sobre un determinado bien que deba entregar el deudor o que éste deba adquirir de otra persona.

22. En cambio, en muchos otros ordenamientos jurídicos no se permite la constitución de garantías sobre bienes futuros. Esta prohibición se basa en parte en conceptos técnicos derivados del derecho que rige la propiedad. También se debe al temor de que, al dar mucho margen para la disposición de bienes futuros, se imponga una carga excesivamente onerosa sobre los bienes del deudor,

impidiéndole así obtener créditos garantizados suplementarios de otras fuentes (véase el párrafo 26 *infra*). Además, se puede reducir notablemente la probabilidad de que se satisfagan las reclamaciones de los acreedores no garantizados del deudor.

23. Puede ser difícil ponderar y armonizar debidamente los diversos intereses, en particular si el régimen legal afecta también a las operaciones no comerciales. En un contexto comercial, puede ser excesivo limitar la imposición de toda carga sobre los bienes futuros del deudor a causa de las posibles, aunque inciertas consecuencias negativas para el futuro. Puede ser preferible imponer únicamente limitaciones cuando exista la probabilidad de que se produzcan consecuencias nefastas (por ejemplo, en casos de conflictos con acreedores no garantizados). En caso de producirse tal dilema, la solución óptima consistiría en tratarlo como un problema de prelación (véase el capítulo VII).

iii) Bienes no enunciados expresamente

24. Algunos tipos de bienes, especialmente los de equipo, son estables y no son objeto de enajenaciones y sustituciones frecuentes. Por lo tanto, pueden describirse y detallarse uno a uno. Esto no es posible para otros tipos de bienes, especialmente para los inventarios y, hasta cierto punto, los créditos. Para estas situaciones y otras situaciones comparables, muchos países han elaborado reglas que permiten a las partes enumerar contractualmente los bienes que podrán gravarse como requisito para una enajenación válida, incluso si cambian los distintos elementos (si se enajenan o si se sustituyen de forma ordinaria). El requisito de especificación individual, generalmente requerido, pasa a ser un requisito sobre la totalidad de los bienes, que deben especificarse en su conjunto. Por ejemplo, en el caso de los créditos, basta con identificarlos haciendo referencia a “todos los deudores con iniciales de A a G”. En el caso de un inventario, la identificación suficiente puede ser la siguiente: “todos los bienes almacenados en la sala A de los locales comerciales del deudor”.

25. En algunos ordenamientos jurídicos puede ser suficiente hacer incluso una descripción referida a todos los bienes, actuales y futuros. En otros ordenamientos no se permite constituir una garantía sobre la totalidad de los bienes con respecto a los consumidores o incluso a los pequeños comerciantes.

26. Una cuestión relacionada con la garantía sobre todos los bienes, pero también diferenciada de ella, es la de la constitución de garantías por valor notablemente superior al de la obligación garantizada. De conformidad con el principio del carácter accesorio de los derechos reales, el deudor no se ve perjudicado si el acreedor garantizado no puede materializar o exigir más de lo que corresponda al valor de la reclamación garantizada más los intereses y gastos (y quizá también los daños y perjuicios). No obstante, de lo que se trata es de si una garantía excesiva vincula los bienes del deudor. En los ordenamientos jurídicos que permiten dar como garantía el mismo bien a más de un acreedor de distinta categoría, este problema no puede plantearse. En los ordenamientos jurídicos en que no sea así, las partes pueden resolver el problema de la constitución de garantías por valor excesivo fijando topes para el valor de la obligación garantizada y, de ser necesario, reduciendo la garantía para que corresponda al valor de la reclamación garantizada.

27. Varios países prevén una forma institucionalizada de garantía general sobre todos los bienes en forma de “hipoteca empresarial”. Uno de esos tipos de hipotecas

es la pequeña hipoteca empresarial, que se limita básicamente a los bienes inmateriales, como los nombres comerciales, la clientela o los derechos de propiedad intelectual (véase el artículo 69 de la Ley Uniforme sobre la organización de las garantías, de la Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHBLA)). Dado su alcance limitado, este tipo de hipoteca reviste escasa importancia.

28. En cambio, la gran hipoteca empresarial desempeña un papel fundamental como garantía en los países que la adoptan. Una gran hipoteca empresarial puede englobar todos los bienes muebles de una empresa, tanto corporales como inmateriales, si bien puede limitarse a partes divisibles de una empresa. No abarca los bienes inmuebles, ya que éstos están sujetos a un régimen distinto. Dado que las hipotecas empresariales se diferencian de las hipotecas sobre bienes inmuebles, es necesario aclarar la regulación de los accesorios fijos que pueden quedar sujetos a esas hipotecas.

29. Una gran hipoteca empresarial es comparable a un régimen en que puedan constituirse garantías sobre todos los bienes del deudor. Un aspecto interesante de este tipo de garantía es el hecho de que puede nombrarse un administrador para la empresa no sólo en caso de insolvencia del deudor sino incluso también, en algunos países, al ejecutar la garantía el acreedor garantizado u otro acreedor. El nombramiento de un administrador puede contribuir a evitar la liquidación y a facilitar la reorganización de la empresa de forma beneficiosa para los acreedores, los empleados y la economía en general. Esta característica especial no es exclusiva de las hipotecas empresariales sino que puede preverse en general para los derechos de garantía y las ejecuciones de garantías. Sin embargo, hasta la fecha, la hipoteca empresarial institucional puede ofrecer el medio óptimo para materializar esta idea.

c) Producto de los bienes gravados

i) Definición

30. Cuando se dispone de bienes gravados (o éstos se arriendan o son objeto de licencias) durante el período en que la deuda que garanticen esté pendiente de pago, el deudor puede recibir, a cambio de esos bienes, dinero en efectivo o bienes corporales o inmateriales. En muchos ordenamientos jurídicos este pago se define como el “producto” de la garantía. En algunos casos, el bien gravado original puede generar un producto que el deudor vende o intercambia o del que se desprende a cambio de otros bienes. Esto último es el “producto del producto”.

31. En otras situaciones, el bien gravado puede generar otros bienes para el deudor sin que se produzca ninguna operación. Estos bienes, que en algunos ordenamientos jurídicos se conocen como “producto civil” o “natural”, son, por ejemplo, los intereses o dividendos sobre bienes financieros que sirven de garantía, el producto de seguros, animales recién nacidos y frutos de cultivos. En otros ordenamientos jurídicos no se hace ninguna distinción entre estos tipos de producto y el producto derivado de las operaciones concertadas por el deudor.

ii) Naturaleza y alcance del derecho del acreedor

32. Cuando, mediante una operación o de otro modo, el deudor obtiene derechos sobre el producto del bien gravado original, se plantean dos cuestiones que deben abordarse en todo régimen jurídico de las garantías reales. La primera cuestión

consiste en determinar si el acreedor conserva derechos de garantía sobre un bien gravado que se haya transferido del deudor en la operación que haya generado el producto (esta cuestión se analiza en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 26 a 32).

33. La segunda cuestión se refiere a los derechos del acreedor sobre el producto. Todo régimen legal de las garantías reales debe resolver claramente lo siguiente:

a) Si el acreedor tiene derecho a reclamar el producto;

b) Las circunstancias en que se plantea esta reclamación;

c) El carácter y el alcance (real o personal) de esa reclamación;

d) La cuestión de si los bienes deben "identificarse" como producto a fin de ser objeto de un derecho;

e) El modo en que deben regularse las situaciones en que los bienes gravados originales se mezclan o se funden con otros bienes, concretamente el grado de prelación del derecho del acreedor garantizado frente al que puedan tener otras partes sobre esos otros bienes;

f) Si esta reclamación nace aun cuando no esté prevista en el acuerdo entre las partes; y

g) Si debe regularse el "producto del producto" del mismo modo que el producto inicial de los bienes gravados.

34. La justificación del derecho sobre el producto radica en el hecho de que, si el acreedor no obtiene derechos sobre el producto del bien gravado original, disminuirá el valor de los derechos de garantía como fuente de crédito. Por otra parte, si se concede al acreedor garantizado un derecho real sobre el producto del bien gravado se pueden frustrar las expectativas legítimas de las partes que tengan un derecho de garantía sobre el producto como bienes gravados originales, al menos en los ordenamientos jurídicos en que no existe un sistema de publicidad para esos derechos. En los ordenamientos en los que se prevé la publicidad como base para la solución general de todos los conflictos de prelación, esta cuestión no plantea grandes dificultades, al menos mientras existan reglas claras para la localización del producto.

3. Acuerdo de garantía

a) Definición

35. El acuerdo de garantía es el acuerdo concertado entre el acreedor y el deudor o un tercero que aporta una garantía, que constituye (o que es uno de los elementos constitutivos de) un derecho de garantía. Conviene diferenciar el acuerdo de garantía del acuerdo para constituir una garantía en el futuro (por ejemplo, si se concede un crédito al deudor). El acuerdo de garantía es el único que puede tener consecuencias de derechos reales (los requisitos reales suplementarios se analizan en la sección A.4 *infra*).

b) Contenido mínimo

36. La legislación fija a menudo el contenido mínimo de un acuerdo de garantía a fin de proteger a las partes. Si no se prevé ese contenido mínimo, la garantía será normalmente nula y sin efecto. Los requisitos mínimos pueden ser los siguientes:

a) La mención de la identidad de las partes;

b) La descripción de la obligación que debe garantizarse;

c) La descripción de los bienes gravados;

d) La firma manuscrita o electrónica del otorgante de la garantía; y

e) La fecha del acuerdo, a menos que la fecha se establezca mediante inscripción.

37. Incluso en los ordenamientos en que la legislación no prescribe específicamente este contenido mínimo, un acuerdo de garantía en el que falte uno de los elementos arriba mencionados puede ser considerado nulo y sin efecto.

38. Las partes negocian normalmente cláusulas suplementarias, a fin de aclarar su relación mutua. Desde el punto de vista legislativo, es aconsejable prever reglas supletorias para el caso en que no haya acuerdo específico entre las partes (los efectos previos al incumplimiento se examinan en el capítulo VIII; los efectos posteriores al incumplimiento se analizan en los capítulos IX y X).

c) Formalidades

i) Escrito

39. A fin de promover la certeza en el cumplimiento de los derechos de las partes en el acuerdo de garantía y de los derechos de los terceros, muchos ordenamientos jurídicos exigen que el acuerdo de garantía se celebre por escrito. En particular, si se permite la utilización de medios modernos de comunicación, es muy probable que el requisito sobre la forma escrita no cree problemas de tiempo ni de costo. Puede prescindirse de este requisito para ciertas operaciones, especialmente en los casos de promesas con desplazamientos de posesión, ya que los terceros ya están en cierto modo protegidos con la desposesión del deudor.

ii) Formalidades suplementarias

40. En algunos ordenamientos jurídicos se exige que una autoridad pública certifique la fecha de las promesas con desplazamiento de posesión, salvo para los pequeños préstamos en que se permite incluso la prueba mediante testigos. La ventaja de esta certificación es que contribuye a evitar la inscripción de fechas ficticias, aunque puede resultar un proceso costoso y largo.

41. En otros ordenamientos jurídicos se requiere una fecha certificada de autenticación del acuerdo de garantía para diversos tipos de garantías sin desplazamiento de la posesión (véanse, por ejemplo, los artículos 65, 70, 94 y 101 de la Ley de la OHBLA). Si bien en las garantías sin desplazamiento la certificación es más importante para evitar la inscripción de fechas falsas, no es necesaria cuando la publicidad sea una condición de eficacia frente a terceros o de prelación sobre terceros (véanse los capítulos V y VI).

42. En ordenamientos jurídicos que prevén las hipotecas empresariales (véanse los párrafos 27 a 29 *supra*), puede requerirse un documento escrito o incluso un documento notarial o documento judicial equivalente. Este requisito puede parecer excesivo, pero se puede justificar por el hecho de que puede facilitar la ejecución.

43. A fin de ahorrar tiempo y gastos, deberían preverse formalidades mínimas. Para las garantías reales sin desplazamiento debería bastar una simple comunicación escrita (también por medios modernos de comunicación). Para las hipotecas empresariales o casos en que el acuerdo de garantía sea un título suficiente para la ejecución, cabe considerar un documento más formal.

d) Efectos

44. Una vez concertado, el acuerdo de garantía pasa a ser inmediatamente eficaz entre las partes, a menos que se acuerde otra cosa. Los requisitos suplementarios difieren de un país a otro. Incluso en un mismo ordenamiento jurídico, la respuesta puede variar para distintos tipos de garantías reales. Además, no está resuelta de manera uniforme la cuestión de los consiguientes efectos sobre los derechos reales.

45. En muchos ordenamientos jurídicos en que los derechos reales son únicamente los que pueden hacerse valer frente a todas las personas, el acuerdo de garantía no basta por sí solo para constituir un derecho de garantía. En otros ordenamientos jurídicos en que se hace la distinción entre efectos sobre los derechos reales entre las partes y frente a los terceros, el acuerdo de garantía es suficiente para constituir un derecho de garantía pero, en caso de que haya varias partes reclamantes, tendrá prelación la parte que haya cumplido la primera un requisito suplementario. En ambas categorías de ordenamientos jurídicos, además del acuerdo de garantía se requiere un acto como la entrega de la posesión, la publicidad o el control. En algunos países se han previsto excepciones para esta regla con miras a la retención y la transferencia de la titularidad.

46. Cuando se requiera el desplazamiento de la posesión, puede bastar una transferencia ficticia mediante un acuerdo suplementario (de depósito o de garantía) que superponga a la posesión directa del deudor la posesión indirecta del acreedor (*constitutum possessorium*). Lo mismo cabe prever en situaciones en que, en caso de venta o arrendamiento con crédito el vendedor o el arrendador mantengan la titularidad hasta que se haya pagado íntegramente el precio de venta o el alquiler. El mantenimiento de la titularidad por parte del vendedor o del arrendador significa que, al abonarse el precio de compra y al cumplirse toda obligación garantizada suplementaria, la titularidad pasa al comprador. En los países en que la titularidad queda absorbida por un derecho de garantía general y uniforme, se sigue otro enfoque. La titularidad es transferida al comprador conforme a las reglas ordinarias, pero el vendedor conserva un derecho de garantía a fin de asegurarse el pago del precio de compra (o el cumplimiento de obligaciones suplementarias).

4. Requisitos suplementarios

a) Introducción

47. Tal como se ha mencionado ya (véase el párrafo 45), en muchos ordenamientos jurídicos la concertación de un acuerdo de garantía válido no basta de por sí para crear una garantía real válida y eficaz. Normalmente deben cumplirse

requisitos suplementarios para que la garantía real sea eficaz frente a terceros (o para que goce de prelación sobre el derecho de otras partes reclamantes). En los países que no reconocen efectos de derechos reales únicamente entre las partes en el acuerdo de garantía, no puede materializarse ninguno de esos derechos antes de que se cumplan estos requisitos suplementarios.

b) Derecho del otorgante a disponer de los bienes

48. El otorgante de una garantía (normalmente el deudor y, en casos excepcionales, un tercero) debe tener el derecho a constituir una garantía. En algunos ordenamientos jurídicos, el otorgante tiene que ser el propietario de los bienes que se gravan. En otros ordenamientos, basta con que el otorgante esté facultado para disponer de los bienes aun cuando no sea el propietario de éstos. Con respecto a los bienes futuros, es suficiente que el otorgante pase a ser el propietario u obtenga la facultad para disponer de los bienes ulteriormente (véanse los párrafos 20 y 21 *supra*).

49. Cuando el otorgante no tiene derecho o no está facultado para disponer de los bienes, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado puede, aún así, adquirir la garantía de buena fe. En algunos ordenamientos jurídicos, el acreedor adquiere el derecho de garantía si la buena fe subjetiva está respaldada por elementos objetivos, como el hecho de que el acreedor haya otorgado crédito al deudor o esté dispuesto a hacerlo, o de que el otorgante figure inscrito como propietario o conserve la posesión o la transfiera al acreedor.

50. La legislación a este respecto a menudo regula la cuestión conexa de la validez y del efecto de las restricciones contractuales impuestas a la enajenación de los bienes. En algunos países prevalece la necesidad de mantener la libertad del deudor para enajenar los bienes, en particular si el acreedor a cuyo favor se haya constituido la garantía desconoce la cláusula restrictiva. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional sigue un criterio similar y apoya la transferibilidad de una reclamación en aras del comercio. En virtud del artículo 9 de la Convención, una cesión es eficaz pese a una restricción contractual de la cesión, y el mero conocimiento de la existencia de tal restricción no es suficiente para declarar resuelto el contrato del que se derive el crédito cedido. La parte en cuyo favor se haya convenido la promesa negativa o la cláusula de intransferibilidad puede tener libertad para reclamar daños y perjuicios de la otra parte contratante por incumplimiento de la cláusula contractual restrictiva si tal reclamación existe en virtud del derecho aplicable al margen de la Convención. No obstante, esta reclamación no podrá presentarse contra el cesionario por vía de la compensación (véase el párrafo 3 del artículo 18 de la Convención).

51. Este enfoque promueve la concesión de crédito garantizado, ya que libera al acreedor de la obligación de examinar el contrato del que haya nacido el crédito cedido, a fin de asegurarse de si la transferencia del crédito se ha prohibido o está sujeta a condiciones. De no ser así, los proveedores de fondos deberían examinar un gran número de contratos, lo cual podría resultar muy costoso o incluso imposible (por ejemplo, en el caso de los créditos futuros).

c) Transferencia de posesión, publicidad y control

52. Los métodos para producir efectos de derechos reales (o para establecer la prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes) varían de un país a otro, e incluso en cada país, según el tipo de garantía de que se trate. Existen tres métodos principales para constituir un derecho de garantía eficaz frente a todas las personas (si bien, como se menciona más arriba, en algunos países se hace una distinción entre los efectos de derechos reales entre las partes y este tipo de efectos frente a terceros).

i) Transferencia de la posesión

53. El compromiso de posesión se crea mediante acuerdo y transferencia de la posesión del bien al acreedor. La posesión debe transferirse al acreedor garantizado o al tercero convenido que suela actuar como representante del acreedor, y este acreedor o tercero deben conservar la posesión. También se prevén las transferencias ficticias de posesión (véase el párrafo 46 *supra*), pero no son necesarias en los ordenamientos jurídicos que admiten los compromisos sin desplazamiento. La posesión también puede transferirse entregando títulos negociables o documentos, con un endoso si es necesario en virtud del derecho que rija los títulos negociables.

ii) Publicidad o control

54. Con excepción de los casos en que el acuerdo de garantía es suficiente para crear una garantía real, para la constitución de derechos de garantía sin desplazamiento de la posesión y para su eficacia frente a terceros (o para la prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes) se requiere alguna forma de publicidad o de control. La publicidad o el control puede ser también un requisito para la eficacia frente a terceros o para la prelación (en los capítulos V y VI se examinan en detalle las formas, las funciones y los efectos de la publicidad).

B. Resumen y recomendaciones

55. En un régimen moderno aplicable a los créditos garantizados debería ser posible garantizar todos los tipos de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras, y otorgar garantías sobre todos los tipos de bienes, incluidos aquellos que el deudor no pueda enajenar o que no existan en el momento de constituirse la garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si conviene prever excepciones a esta regla. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las ventajas y desventajas comparativas de un régimen en que puedan otorgarse garantías sobre todos los bienes de cualquier deudor, deudor comercial o sólo de empresas.*]

56. El acreedor garantizado debe también gozar de un derecho sobre un producto fácilmente identificable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la naturaleza y el alcance del derecho sobre el producto. En particular, cabría tratar cuestiones como la de si el derecho sobre el producto es un derecho personal o real, de si este derecho goza de la misma prelación con respecto a los derechos de otras*

partes reclamantes, el derecho de garantía real sobre los bienes gravados, y la cuestión de si el derecho sobre el producto abarca también el producto del producto.]

57. El acuerdo de garantía debe figurar por escrito, y en esta forma escrita deben entrar también los medios modernos de comunicación. En el acuerdo debería especificarse la identidad de las partes y deberían describirse razonablemente el bien gravado y la obligación garantizada.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si es conveniente prever excepciones a la regla sobre la forma escrita. Tal vez desee examinar también otros posibles requisitos mínimos para el contenido del acuerdo de garantía, así como el efecto de dicho acuerdo y todo requisito suplementario para la constitución de un derecho de garantía real.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-72	906
V. Publicidad	1-72	906
A. Observaciones generales	1-68	906
1. Introducción	1-8	906
2. Inscripción pública de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles	9-46	908
a) Operaciones con transferencia de la titularidad y operaciones a título de garantía	9-14	908
b) Garantías reales consensuales y no consensuales	15-17	909
c) Un solo registro de gravámenes o diversos registros	18-21	910
d) Inscripción de notificaciones e inscripción de documentos	22-23	911
e) Fecha de inscripción	24-28	911
f) Contenido que se exige en la notificación inscrita	29-37	912
g) Necesidad de proteger a los cesionarios remotos de bienes gravados	38-40	915
h) Relaciones con los registros de bienes inmuebles	41-42	915
i) Relaciones entre un registro general de gravámenes y los registros de la propiedad destinados a ciertas categorías de bienes		916
j) Inscripción en un registro privado o publicación	44	917
k) Inscripción registral y vía ejecutoria	45-46	917
3. Privación de posesión del deudor y otros mecanismos de control equivalentes	47-58	917
a) La privación de posesión del deudor como sustitutivo de la inscripción	47-50	917
b) Calidad de la posesión	51-52	918
c) Posesión simbólica	53	919
d) Notificación a terceros o control por éstos	54-58	919
4. Validez frente a terceros de las garantías reales sin publicidad	59-64	920
5. Validez frente a terceros de las garantías reales con publicidad	65-68	921
B. Resumen y recomendaciones	69-72	922

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

V. Publicidad

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Como se ha explicado *supra* (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, párrs. 10 y 15 a 22), hay que facilitar la constitución de derechos de garantía sin desplazamiento. La garantía sin desplazamiento, aunque conocida en el pasado, no comenzó a resurgir hasta el siglo XIX y todavía se limita o, incluso, se prohíbe por completo en algunos Estados. Este enfoque se ha explicado tradicionalmente por la necesidad sentida de proteger a otros acreedores de la equívoca impresión de falsa riqueza creada por la retención de la posesión por el deudor. Sin embargo, esa preocupación, por sí sola, resulta algo pasada de moda e insuficiente. En un mundo comercial denominado por el crédito, a los terceros no debería sorprenderles descubrir que los bienes de un deudor están gravados con una garantía, o sujetos a un título anterior de un proveedor o arrendador. Sin embargo, de ello no se sigue que un régimen de operaciones garantizadas pueda prescindir sin riesgo de todo requisito de publicidad de las garantías sin desplazamiento. Un sistema fiable y eficaz de publicidad presenta importantes ventajas desde el punto de vista de la eficiencia y la evitación de litigios.

2. En primer lugar, la publicidad permite a los futuros acreedores garantizados comprobar si los bienes de que se trate han sido ya gravados con garantías a favor de un acreedor anterior, a fin de poder evaluar su propio rango de prelación con respecto a los derechos de garantía concurrentes. A falta de publicidad, los acreedores garantizados deberán confiar en las afirmaciones del deudor o realizar amplias investigaciones. Ello tiende a impedir el acceso al crédito de los deudores que no tienen una solvencia acreditada y a restringir la competencia en el mercado de créditos, al tener que recurrir los deudores a los acreedores con los que hayan establecido ya una relación de confianza acreditada.

3. En segundo lugar, la publicidad es necesaria para tratar adecuadamente las consecuencias de una enajenación no autorizada de los bienes gravados por el deudor. A falta de publicidad, los ordenamientos jurídicos tienen que elegir entre proteger a los acreedores garantizados de las consecuencias de la conducta ilícita del deudor o proteger a los cesionarios inocentes del riesgo de gravámenes preferentes secretos de los que no hayan tenido conocimiento, ni medio de tenerlo. La publicidad elimina la necesidad de mediar entre esos extremos, y permite a los ordenamientos jurídicos velar por la seguridad de todos los negocios consensuales sobre bienes muebles.

4. En tercer lugar, la publicidad disminuye los litigios, al resolver las sospechas de anticipación fraudulenta de las fechas de los instrumentos de garantía, ofreciendo un mecanismo objetivo para demostrar la fecha real. Es cierto que el riesgo de fijar una fecha anterior fraudulenta es menos frecuente en un mercado crediticio dominado por instituciones financieras especializadas y sensibles a la reputación de solvencia. Además, el problema podría abordarse exigiendo que el acuerdo de garantía cumpliera determinadas formalidades, sin exigir también la publicidad de la

anotación del derecho de garantía. Sin embargo, el elemento de publicidad añadido permite a los acreedores no garantizados evaluar más eficientemente si queda algún valor no gravado en los bienes del deudor que pueda satisfacer sus propios derechos. A falta de publicidad, la única fuente de información es el deudor, que puede no ser una fuente cooperadora o fiable, lo que obliga a los acreedores a iniciar un procedimiento de ejecución que puede resultar inútil.

5. En el contexto de los bienes inmuebles, la necesidad de publicidad ha sido satisfecha en gran parte por la creación de un registro de acceso público. El registro de la propiedad inmobiliaria tiene por objeto ofrecer a los terceros una amplia publicidad sobre la titularidad o atribución actual de la propiedad de un inmueble determinado, incluidos cualesquiera gravámenes constituidos sobre dicho inmueble por el propietario inscrito. Muchos Estados han establecido registros análogos para un número limitado de bienes muebles de gran valor (por ejemplo, buques, aeronaves, autocaravanas y, en ocasiones, otros vehículos terrestres). Sin embargo, la mayoría de los bienes muebles no pueden describirse con suficiente detalle, o son demasiado dinámicos o poco permanentes para que resulte viable como modelo el registro de la propiedad inmobiliaria. Esto se aplica especialmente a los derechos reales sobre bienes inmateriales y sobre fondos o “bienes universales” de bienes o activos circulantes, renovables o rotatorios, como las existencias y los créditos por cobrar.

6. Para resolver esas dificultades prácticas, ha surgido el concepto de un registro de gravámenes puro. En lugar de organizarse en función de la propiedad del bien gravado, las inscripciones se hacen y consultan por el nombre del otorgante. La determinación de la titularidad del otorgante y de si el bien gravado existe realmente se deja al arbitrio de hechos y datos no inscritos.

7. La idea de un registro de gravámenes para las garantías sobre bienes muebles se remonta a los primeros años del siglo XIX y se asocia históricamente a los Estados de tradición jurídica anglosajona. Sin embargo, el concepto no se considera ya específico de esos ordenamientos. Los registros se aceptan cada vez más como una infraestructura necesaria para un sistema moderno y amplio de garantías sin desplazamiento en cualquier parte. La evolución se refleja en las leyes modelo sobre operaciones garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento y de la Organización de los Estados Americanos, y en un reciente Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil.

8. El presente capítulo comienza examinando los requisitos previos esenciales para un registro de gravámenes eficaz y eficiente. Luego se examina la cuestión de si debe exigirse la inscripción pública incluso de las garantías reales con desplazamiento o entrega del bien gravado, o de si procede admitir otros posibles modos de publicidad. El capítulo termina con el examen de la cuestión de si la publicidad debe ser requisito previo para la eficacia de la garantía entre las partes, o sólo frente a terceros. Aunque esto requiere necesariamente un análisis más general de los efectos de las garantías frente a terceros, el examen completo de la relación entre la publicidad y la prelación se deja para un capítulo separado sobre esta última (capítulo VII).

2. Inscripción pública de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles

a) Operaciones con transferencia de la titularidad y operaciones a título de garantía

9. Aunque un registro de gravámenes puro no tiene por objeto probar la propiedad del otorgante sobre el bien gravado, ello no quiere decir que deban excluirse todas las operaciones efectuadas con transferencia de la titularidad. Los primeros registros de gravámenes tenían por objeto principalmente dar a los acreedores garantizados un medio de dejar constancia pública de la garantía para protegerse de las alegaciones de otros acreedores de que hubieran antedatado fraudulentamente su gravamen. Ése ha seguido siendo el centro de atención en algunos sistemas, y la consecuencia es que sólo se requiere la inscripción pública de las garantías constituidas sobre bienes que son ya propiedad de los deudores (por ejemplo, todo gravamen constituido sobre el patrimonio de la empresa deudora). Como la garantía constituida mediante la retención de la titularidad o propiedad del bien objeto de una venta o de un arrendamiento no implica por definición ningún intento de extraer valor del patrimonio existente del otorgante, no se exige su inscripción.

10. Sin embargo, en los nuevos sistemas de registro, la protección contra la alteración fraudulenta de la fecha es sólo un aspecto incidental de la función del registro. La atención principal se centra en la función de publicidad. El objetivo es aumentar al máximo la capacidad de los terceros para determinar si los bienes que están en posesión del deudor o bajo su control le pertenecen y no están sujetos a algún otro derecho real de un tercero. Para garantizar la máxima publicidad, todos los acuerdos de constitución de una garantía real, ya sea a título de garantía en sentido estricto o mediante la transferencia o la retención de la propiedad, deberán ser inscritos para preservar su eficacia frente a terceros.

11. De hecho, surgen preocupaciones similares de publicidad siempre que se permite a alguien conservar la posesión y el control de bienes que son propiedad de otros, incluso cuando esa propiedad no se emplea para garantizar una deuda. Ello induce a ampliar el ámbito del registro a todas las operaciones sin desplazamiento que sean suficientemente frecuentes en la práctica comercial para suponer un posible perjuicio para terceros, aunque no sirvan de garantía de una deuda. Esta tendencia se refleja en la extensión del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, no sólo a los gravámenes y a los acuerdos de retención de la propiedad del bien vendido a favor de los vendedores, sino también a los acuerdos de arrendamiento de aeronaves, con independencia de si ese arrendamiento sirve de garantía o constituye un auténtico arrendamiento en el sentido de que el alquiler refleja debidamente el valor de explotación de la aeronave durante el período de que se trate. Este método sirve también para disminuir los litigios sobre la calificación adecuada de las operaciones en la frontera económica entre la garantía real y la propiedad, en donde los acuerdos de venta con retención de la propiedad y las operaciones de arrendamiento financiero son la fuente principal de dificultades. El problema no puede eliminarse por completo, ya que se plantea también en el plano de la ejecución forzosa. Sin embargo, la imposición de un requisito común de publicidad disminuye la posibilidad de controversias.

12. Para evitar una regulación excesiva, hace falta algún medio de determinar las operaciones que reflejará el registro. Cuando la operación relativa a la titularidad sirva para garantizar una deuda, esto puede lograrse utilizando una definición funcional de garantía que incluya toda operación, cualquiera que sea el destino dado a la titularidad respecto del acreedor o del deudor, que sirva para garantizar el cumplimiento de una obligación.

13. Cuando la operación no tiene la naturaleza de una garantía, ni siquiera desde un punto de vista funcional, la tendencia legislativa general ha sido recurrir a un método más formalista. Las operaciones que se consideran como posible fuente más habitual de dificultades en el país de que se trate se determinan por referencia a su estructura formal. En los ordenamientos que han adoptado este método se encuentra la siguiente lista ilustrativa (aunque no todos incluyan necesariamente en su ámbito esos cuatro tipos de operaciones):

a) Arrendamientos a largo plazo (por ejemplo, superior a un año), aun cuando no se utilicen para garantizar el equivalente del valor de adquisición de los bienes arrendados;

b) Envíos comerciales en los que se entregan existencias a un agente para su reventa al público, a menos que el agente sea bien conocido por los acreedores por dedicarse sólo a las existencias entregadas, por ejemplo, subastadores y marchantes de arte;

c) Cesiones simples (por ejemplo, ventas) de créditos o derechos; y

d) Ventas simples de bienes, si el vendedor conserva la posesión transcurrido un plazo razonable.

14. La dificultad de este método es su orientación histórica. Los tipos de operaciones que han planteado dificultades de publicidad en el pasado se determinan por su estructura nominal. El futuro puede traer nuevas estructuras de operaciones que susciten preocupaciones de publicidad equivalentes. Por consiguiente, puede ser preferible utilizar en cambio un concepto orientado a eliminar problemas, para lo que cabría exigir la inscripción en toda situación en que una persona quede en posesión o control de bienes inmuebles que pertenezcan a otra persona, por más tiempo de lo que se considere un plazo razonable, legalmente definido.

b) Garantías reales consensuales y no consensuales

15. En principio, un verdadero registro de publicidad de las garantías reales sobre bienes muebles debe abarcar todas las garantías, tanto si se han creado en virtud de la ley como por un acuerdo de voluntades. A pesar de la diferencia en el método de su constitución, plantean problemas de publicidad idénticos.

16. Sin embargo, mucho depende de los efectos frente a terceros de la garantía no consensual de que se trate. Si la política pública en que se base la garantía real no consensual es suficientemente firme para exigir la concesión al acreedor de una prioridad máxima sobre todos los demás acreedores, garantizados o no garantizados, anteriores o ulteriores, la publicidad ofrece escasos beneficios prácticos. Pero si la prelación se basa en la regla del “primero en el tiempo”, o si el titular de la garantía real no consensual tiene una garantía general sobre el bien gravado, aunque éste se

encuentre en manos de compradores de buena fe (*droit de suite*), hay muchos argumentos a favor de someter al acreedor garantizado no consensual al mismo marco general de publicidad y prelación que se aplica a los acreedores garantizados consensuales.

17. Un número creciente de sistemas de registro permiten a los acreedores judiciales (es decir, aquellos cuyo derecho ha sido reconocido por una decisión judicial) inscribir una notificación de la sentencia en el registro de garantías sobre bienes muebles, lo que crea el equivalente de una garantía general sobre los bienes del deudor a que se refiere la decisión judicial. Este método fomenta indirectamente la pronta satisfacción de la deuda judicial sin los gastos ni la carga de tener que emprender medidas activas de ejecución judicial. Una vez publicada la sentencia, el deudor judicial se ve obligado en la práctica a satisfacer la deuda y poner término a la inscripción, para poder vender sus bienes o utilizarlos como garantía de otra deuda.

c) Un solo registro de gravámenes o diversos registros

18. Reflejando la evolución específica de las garantías sin desplazamiento, los sistemas de inscripción registral no reformados suelen contar con registros separados que dependen de la naturaleza de los bienes (por ejemplo, créditos contables), de la personalidad jurídica del otorgante (por ejemplo, sociedades), de la naturaleza formal del medio de garantía (por ejemplo, hipotecas, gravámenes, cesiones) o incluso de la personalidad del acreedor garantizado (por ejemplo, bancos).

19. Mientras la finalidad de la inscripción era proteger contra la anteposición fraudulenta de fechas, la naturaleza descentralizada y frecuentemente redundante de los registros de gravámenes no importó demasiado. Sin embargo, con el moderno desplazamiento de la atención hacia un máximo de publicidad, la existencia de múltiples registros redundantes perjudica esa función y crea incertidumbre en la determinación de la prelación o de los efectos para terceros de derechos de garantía concurrentes otorgados por un mismo deudor sobre los mismos bienes, pero inscritos en diferentes registros.

20. En consecuencia, los sistemas más modernos crean un registro centralizado para todos los derechos de garantía y operaciones análogas. Ello, a su vez, ha permitido al registro ofrecer una presunción común para la prelación de derechos, según la sencilla regla del “primero en inscribir” (aunque la retención de los acuerdos sobre títulos y otros acuerdos funcionalmente similares reciban normalmente protección especial como consecuencia de esa regla).

21. La centralización ha sido muy favorecida por el desarrollo de la tecnología informática. La informatización permite que toda inscripción, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes o la personalidad jurídica de las partes, sea anotada en una sola base de datos, sin perjuicio de puntos de acceso múltiples, tanto para quienes han de efectuar una inscripción como para quienes han de consultarla.

d) Inscripción de notificaciones e inscripción de documentos

22. Como su finalidad principal era ofrecer una prueba objetiva contra la anteposición fraudulenta de fechas, los primeros sistemas solían imponer requisitos de inscripción bastante gravosos. Era necesario inscribir un ejemplar auténtico del acuerdo de garantía, a veces acompañado de declaraciones de buena fe (con respecto a otros derechos del acreedor) y de ejecución. Este método suponía un nivel contraproducente de gastos de las operaciones y riesgos para los acreedores garantizados, y creaba incertidumbre sobre si la publicidad del registro frente a terceros afectaba a todo el contenido de la documentación inscrita, o sólo a determinadas condiciones esenciales.

23. Los modernos sistemas de registro han simplificado radicalmente el proceso de inscripción. En lugar de tener que inscribir la documentación de garantía auténtica, lo único que se necesita es una simple notificación que contenga la información básica necesaria para advertir a terceros sobre la naturaleza y el ámbito de la garantía. Con respecto a la inscripción de documentos, la inscripción de notificaciones presenta las siguientes ventajas:

a) Una menor carga de administración y archivo para el registro;

b) Menores gastos de operaciones para los acreedores garantizados, con la correspondiente disminución del riesgo de error;

c) Un aumento de la confidencialidad de los asuntos del deudor;

d) Mayor flexibilidad en la negociación y fijación de las condiciones del acuerdo de garantía;

e) Mayor certeza y aumento de la publicidad para terceros que consulten el registro.

e) Fecha de inscripción

24. En un sistema de inscripción de notificaciones, resulta innecesario, desde un punto de vista práctico, que el acuerdo de garantía se haya concertado, para que pueda hacerse la inscripción. El que esa inscripción anticipada deba autorizarse, por cuestión de principio, resulta más controvertido. Algunos sistemas lo permiten. En otros debe existir primero un acuerdo de garantía formal, aunque no se hayan anticipado todavía fondos. Cada uno de esos métodos tiene sus ventajas e inconvenientes.

25. Suponiendo que la prelación entre los acreedores asegurados se ordene por el momento de la inscripción, la inscripción anticipada permite al acreedor asegurado hacer valer su rango de prelación sin tener que hacer nuevas inscripciones antes de anticipar realmente los fondos. Evita también el riesgo de la anulación de la garantía o de la pérdida de prelación, en los casos en que el acuerdo de garantía subyacente fuera técnicamente deficiente desde el punto de vista de la inscripción, pero ésta se rectificara luego sin perjuicio para terceros.

26. En cambio, la inscripción anticipada complica la función de prelación del registro con respecto a determinadas categorías de derechos de terceros que surjan después de haberse hecho la inscripción pero antes de que el acuerdo de seguridad

se ejecute realmente de forma que constituya la garantía. Frente a otros derechos inscribibles no hay dificultad, ya que la prelación puede establecerse por el orden de inscripción, y cada derecho de garantía se remontará a ese efecto al momento de la inscripción. Sin embargo, cuando los bienes se venden a un comprador, o cuando se designa un administrador de insolvencia, serán necesarias pruebas objetivas no inscritas para determinar si esos derechos surgieron antes o después de que la garantía se constituyera realmente. La misma carga de prueba se da, no obstante en un sistema que no permita la inscripción anticipada. Dado que la fuente de la garantía es el acuerdo y no la inscripción en sí, seguirá siendo necesario presentar una prueba independiente del acuerdo de garantía. Aunque esto disminuye el valor de la inscripción como mecanismo para evitar la anteposición fraudulenta de fechas, se trata de algo que acompaña necesariamente al concepto de inscripción de notificaciones.

27. La inscripción anticipada aumenta también el riesgo de inscripciones falsas en los casos en que las negociaciones fracasan sin que se llegue a otorgar nunca la garantía. Ese riesgo puede disminuirse estableciendo un procedimiento sumario para obligar al cumplimiento, procedimiento que puede ser necesario de todas formas en los casos en que se haya cumplido la obligación garantizada. Algunos sistemas tratan de encontrar una solución de compromiso. Se puede hacer la inscripción anticipada siempre que se produzca dentro de un plazo determinado (por ejemplo, 30 días) antes de la ejecución del acuerdo. Un período de gracia de ese tipo aumenta la necesidad de una investigación indiciaria fuera del registro, aunque podría considerarse en el caso de las operaciones de consumo, en que el otorgante puede no tener conocimientos o perspicacia suficientes para aprovechar ese procedimiento de exención legal.

28. La cuestión de la inscripción anticipada guarda relación, en parte, con la de determinar la información que deberá contener la notificación de la garantía inscrita. Cuanto más detallada sea la información que se requiera, tanto mayor será la necesidad de exigir un acuerdo de garantía anterior y menor utilidad práctica tendrá la inscripción anticipada.

f) Contenido que se exige en la notificación inscrita

29. Para tener un valor de publicidad mínimo, la notificación de una garantía debe identificar al otorgante y al acreedor garantizado y describir los bienes gravados. Como el nombre del otorgante es el principal criterio de consulta, normalmente se establecen normas para determinar el nombre legal correcto a efectos de inscripción y consulta. En el caso de otorgantes que sean personas individuales, a veces se exige otra información, por ejemplo, la fecha de nacimiento, con objeto de que los resultados de la consulta se mantengan dentro de límites razonables. En el caso de otorgantes que sean empresas, la base de datos del registro se vincula a veces al registro de nombres comerciales mantenido por el Estado de que se trate, a fin de facilitar la exactitud de las anotaciones.

30. Los registros de propiedad requieren normalmente la identificación específica del bien gravado, y la garantía se archiva y consulta en función de la categoría del bien gravado. En un registro de gravámenes, la inscripción del nombre del otorgante elimina la necesidad de una descripción única elemento por elemento, lo que agiliza el ámbito de la garantía a la que puede darse publicidad con eficacia. Una sola

inscripción puede dar publicidad a las garantías tanto de los bienes presentes como de los ulteriormente adquiridos, y sobre los fondos rotativos o "universales" de bienes (por ejemplo "todos los derechos" o "todas las existencias"). En tales casos, la validez frente a terceros se remontará al momento de la inscripción y no al momento en que el deudor adquirió realmente los derechos sobre el bien de que se trate. Ese sistema permite que la publicidad se dé con respecto a la totalidad de la base de bienes del deudor (por ejemplo "todos los bienes muebles presentes y ulteriormente adquiridos").

31. Esos derechos de garantía de base tan amplia son controvertidos. En parte, ello se debe a la preocupación por la situación de monopolio que adquiere el acreedor primeramente inscrito sobre el acceso del deudor a la financiación garantizada y en parte la razón es que las garantías sobre todos los bienes pueden reducir o incluso eliminar la masa de bienes no gravados disponible para su distribución a los acreedores en casos de ejecución e insolvencia. Un sistema de operaciones garantizadas debe dar cabida a esas preocupaciones de políticas. Sin embargo, no deben utilizarse como justificación para imponer límites arbitrarios al ámbito de los bienes a los que pueda darse efectivamente publicidad mediante una descripción genérica o sumamente genérica en una notificación de garantía inscrita. Las preocupaciones pueden atenderse mejor mediante la articulación de normas de prioridad máxima sustantivas, orientadas a preservar el acceso del deudor a fuentes más especializadas de financiación futura o a proteger categorías especialmente vulnerables de acreedores no garantizados. La necesidad de normas de prioridad máxima de esa índole se trata en el capítulo VII (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 33 a 37). En el contexto de la financiación del consumo, puede ser necesario complementar esas soluciones mediante prohibiciones claras de otorgar garantías sobre bienes de consumo ulteriormente adquiridos, tema ya tratado en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párrs. 22 y 23, y 55).

32. Incluso en los ordenamientos jurídicos que permiten hacer descripciones genéricas y sumamente genéricas se han adoptado diferentes enfoques con respecto a lo que constituye una descripción adecuada. En algunos sistemas, la parte que inscribe sólo tiene que indicar la naturaleza genérica de los bienes gravados (por ejemplo, mercancías), aunque el derecho de garantía se limite en realidad a un elemento específico (por ejemplo, un solo automóvil). En otros ordenamientos, se requiere que la descripción se ajuste a la serie real de bienes comprendida en la inscripción.

33. Cada uno de esos métodos tiene sus ventajas e inconvenientes. Una descripción menos precisa alivia la carga de la inscripción a los acreedores y reduce el riesgo de errores de descripción. Permite también al acreedor garantizado y al deudor modificar su acuerdo de garantía para agregar nuevos bienes de la misma categoría genérica, sin tener que hacer una nueva inscripción.

34. En cambio, el sistema tiene un valor de publicidad limitado para terceros. A fin de determinar el ámbito preciso de la garantía, deberán obtener seguridades del acreedor garantizado, directamente o por conducto del deudor. Además, aunque el acuerdo de garantía existente comprenda una serie menor de bienes, los acreedores garantizados concurrentes que constituyan una garantía sobre cualquier bien comprendido en la descripción inscrita tendrán que obtener una renuncia de prelación del acreedor primeramente inscrito. Como el rango de prelación entre los acreedores garantizados se remonta a la inscripción inicial, se necesitará una

renuncia explícita para proteger al acreedor garantizado contra el riesgo de que el otorgante pueda ampliar luego la base de bienes gravados con garantías, en virtud de un acuerdo futuro.

35. Se han adoptado también diferentes métodos sobre la cuestión de si la notificación debe especificar el valor por el que se otorga la garantía. A fin de dar cabida a la práctica financiera de las obligaciones indeterminadas (por ejemplo, las de crédito rotatorio), ninguno de los sistemas modernos exige que la notificación inscrita especifique el valor real de la obligación garantizada. Sin embargo, algunos ordenamientos requieren que se indique un valor máximo (véase un examen de las cláusulas de suma máxima en los acuerdos de garantía en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párrs. 13 y 16). La finalidad principal de este requisito es facilitar la capacidad del otorgante para obtener "financiación de segundo rango" de otros acreedores garantizados, utilizando el valor residual de los bienes gravados por la garantía de primera inscripción. A falta de este requisito, el acreedor garantizado ulteriormente habrá de obtener una renuncia de prelación explícita del acreedor de primera inscripción. De otro modo, como la prelación se remonta al momento de la inscripción, el acreedor inscrito en segundo lugar se verá subordinado en la medida en que el acreedor primeramente inscrito haya hecho anticipos ulteriores. En realidad, el sistema permite que una sola inscripción dé publicidad a las garantías constituidas en virtud de acuerdos ulteriores entre las mismas partes, riesgo que surge aunque el acuerdo de garantía existente no prevea actualmente ningún anticipo futuro.

36. Cada uno de esos métodos tiene ventajas e inconvenientes. Si la notificación no tiene que especificar un valor máximo, el acreedor garantizado primeramente inscrito y el otorgante tendrán una flexibilidad total para aumentar el crédito, o incluso para concertar acuerdos de crédito totalmente nuevos, sin temor a perder su prelación y sin gastos de operación adicionales en cuanto a la inscripción. En cambio, la capacidad del otorgante para otorgar garantías sobre el valor residual de los bienes gravados se reducirá, a menos que el acreedor primeramente inscrito esté dispuesto a renunciar a su prelación. En un mercado de crédito competitivo, un deudor tendrá normalmente influencia suficiente para obtener con facilidad una renuncia. Sin embargo, esa renuncia puede no ser obtenible en condiciones razonables si el acuerdo de garantía incluye una cláusula punitiva por intereses no percibidos. Al propio tiempo, la protección que ofrece el requisito de la suma máxima es ilusoria si se inscriben habitualmente estimaciones sumamente exageradas. Ello no es probable que sea un problema cuando el deudor tiene suficiente capacidad de negociación pero, en ese caso, es posible que la protección no haga falta de todas formas. En otros casos, es posible que haya que introducir un procedimiento para permitir que el otorgante, al menos en las operaciones de consumo, pueda exigir que la suma inscrita se reduzca cuando no refleje la obligación crediticia real del acreedor garantizado según el acuerdo que exista entre ellos.

37. Ambos métodos imponen una nueva carga de investigación a quienes consulten el registro. Habrá que establecer contacto directo con las partes para determinar el estado corriente real de la cuenta. Esto se aplica aunque el valor máximo deba recibir publicidad, ya que esa suma no refleja la obligación garantizada efectivamente pendiente en un momento determinado, sino únicamente

el valor máximo que el acreedor garantizado puede extraer de los bienes gravados en virtud de su garantía.

g) Necesidad de proteger a los cesionarios remotos de bienes gravados

38. Una garantía real da generalmente al acreedor garantizado el derecho a perseguir el bien gravado, se encuentre en manos de quien se encuentre. De otro modo, el otorgante de la garantía tendría facultades unilaterales para ponerle fin. Sin embargo, ese *droit de suite* del acreedor garantizado puede verse limitado en el contexto de un registro de gravámenes indizado por el nombre de los otorgantes. En los casos en que los bienes gravados hayan sido objeto de transferencias sucesivas no autorizadas, los futuros compradores del bien gravado o los acreedores garantizados no podrán protegerse realizando una consulta por el nombre del titular inmediato. Esa consulta no revelará la existencia de una garantía real otorgada por algún predecesor en la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien gravado.

39. Las soluciones al problema pueden adoptar diversas formas en función de cómo quiera el ordenamiento jurídico encontrar un equilibrio entre preservar la garantía y preservar la fiabilidad del registro. Como mínimo, se exigirá a los acreedores garantizados que modifiquen sus inscripciones para identificar al cesionario de los bienes gravados como otorgante adicional, bajo pena de que, de lo contrario, su garantía real quede subordinada a todo derecho adquirido sobre el bien gravado, después del momento en el que el acreedor garantizado haya tenido conocimiento de la cesión. Algunos ordenamientos jurídicos quizá quieran ir más lejos y proteger a todos los terceros, o al menos a categorías especialmente vulnerables de terceros, aun cuando el acreedor garantizado no tenga conocimiento de la enajenación no autorizada hecha por el deudor.

40. El problema del tercero remoto puede aliviarse mucho exigiendo la identificación específica del bien para darle publicidad eficaz frente a los compradores, así como frente a todo acreedor garantizado concurrente, en el caso de bienes especialmente valiosos, mediante por ejemplo, identificadores numéricos fiables para vehículos terrestres, embarcaciones, caravanas, remolques, aeronaves, etc. Aunque ello disminuye la capacidad de los acreedores garantizados para dar publicidad a las garantías sobre bienes ulteriormente adquiridos, la identificación del bien específico gravado resulta prácticamente necesaria sólo en el caso de los bienes de capital utilizados en la empresa del otorgante y de los bienes de consumo utilizados para fines personales. En el caso de las existencias, el problema se limita a cuando el comerciante de bienes usados adquiere bienes sujetos a una garantía otorgada por el vendedor y los revende al público. Podría estudiarse la posibilidad de ampliar el ámbito de la protección dada a los compradores de bienes cedidos en el curso ordinario del negocio, a fin de proteger a los cesionarios de esos bienes. Estas cuestiones se tratan más detenidamente en el capítulo VII (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 30).

h) Relaciones con los registros de bienes inmuebles

41. La legislación moderna sobre operaciones garantizadas permite por lo general que se otorgue una garantía real sobre bienes muebles cuando éstos están inmovilizados, es decir, cuando se trata de bienes muebles destinados a unirse a la

tierra sin pérdida de su identidad separada (por ejemplo, un horno), así como de inmuebles que pueden ser movilizados, es decir, bienes inmuebles destinados a convertirse en muebles (por ejemplo, los cultivos antes de la cosecha). Esta garantía real está sujeta a los mismos requisitos de publicidad que se aplican a las garantías sobre otras categorías de bienes muebles, con una matización. Para surtir efecto frente a personas que hagan valer un derecho sobre la tierra a la que están unidos o fijados los bienes muebles, normalmente deberá hacerse una anotación de la garantía también en el registro de bienes raíces, a fin de preservar la integralidad de la función de publicidad de esta clase de registros.

42. La creación de un registro amplio de gravámenes sobre bienes muebles plantea la cuestión de si es viable coordinar la publicidad cuando el acuerdo de garantía comprende tanto bienes muebles como inmuebles. Ningún ordenamiento jurídico parece haberlo hecho. Los registros de bienes raíces se organizan principalmente en función de la categoría de bien inscrito y funcionan como registros de la propiedad y de gravámenes. Si existe también un índice complementario de nombres de propietarios, se podría crear un sistema de inscripción común. Sin embargo, ello exigiría una gran coordinación de la nomenclatura utilizada en los dos sistemas. Además, la necesidad de mantener la integridad del registro de bienes raíces exigiría normalmente que la garantía se inscribiera en función del bien raíz gravado y no sólo por el nombre del otorgante. Ello es necesario ya que, en un registro de la propiedad, normalmente no hay necesidad, en lo que se refiere a la publicidad, de distinguir entre las garantías puras y las creadas mediante la cesión o reserva de la propiedad a favor del acreedor garantizado. Se logra una publicidad adecuada con independencia de que se identifique al acreedor en el registro como propietario del bien o como titular de un gravamen sobre la propiedad del propietario inscrito. La distinción entre propiedad y garantía sólo es importante cuando se trata de la ejecución.

i) Relaciones entre un registro general de gravámenes y los registros de la propiedad destinados a ciertas categorías de bienes

43. Consideraciones análogas pueden crear dificultades al coordinar o integrar las prácticas de inscripción entre un registro de gravámenes sobre bienes muebles y todo registro de la propiedad destinado a ciertas categorías de bienes muebles como embarcaciones, aeronaves, vehículos terrestres y derechos de propiedad intelectual. Cuando se trata de objetos materiales, esas dificultades pueden reducirse en la medida en que el registro de gravámenes crea una capacidad complementaria para realizar consultas por referencia a identificadores numéricos de los bienes. En el caso de la propiedad intelectual, los obstáculos son más imponentes, porque no es posible un sistema de identificación de bienes equivalente y porque los registros de la propiedad intelectual no tienen por finalidad principal facilitar las relaciones comerciales. Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, una ley general de operaciones garantizadas tendrá que determinar la medida en que la inscripción en un registro destinado a cierta categoría de bienes prevalecerá sobre las inscripciones en el registro general de bienes muebles, y coordinar las prelaciones entre los diferentes sistemas. Esto resulta especialmente crítico con respecto a las garantías sobre la propiedad intelectual y los pagos de licencias y regalías conexas con la propiedad intelectual, dada la creciente importancia económica de esta clase de bienes.

j) Inscripción en un registro privado o publicación

44. Algunos ordenamientos eluden el registro público de gravámenes como tal y utilizan formas de notificación más limitada: por ejemplo, el asiento de una notificación en los propios libros del deudor, o en los libros de un notario o funcionario judicial, o la declaración verbal, o los avisos en la prensa. Aunque algunas de esas formas de notificación atienden suficientemente al riesgo de que se antedate fraudulentamente la notificación inscrita o asentada en libros, carecen de la permanencia y la facilidad de acceso público necesarias para asegurar una verdadera publicidad y establecer una prelación frente a terceros. Si se crea un registro general de gravámenes se podrá prescindir de ellas sin problemas.

k) Inscripción registral y vía ejecutoria

45. En algunos ordenamientos jurídicos, el acreedor garantizado tiene que inscribir su garantía real antes de poder recurrir a medidas de ejecución contra los bienes gravados. En otros, la inscripción no es condición previa para la ejecución. La cuestión de qué método deba adoptarse dependerá, en parte, de a quién corresponda notificar a terceros que tengan un derecho inscrito sobre los bienes garantizados que se ha iniciado un procedimiento de ejecución. Si esta carga se impone directamente al acreedor garantizado, la inscripción del derecho del acreedor que ejecute puede ser innecesaria. Si, por el contrario, la carga se impone al secretario o a algún otro cargo del registro, la inscripción será necesaria para informar al cargo competente de la necesidad de enviar notificaciones a los otros demandantes inscritos. De hecho, en un ordenamiento jurídico que adopte este último método, la publicidad por inscripción es un requisito previo a toda medida ejecutoria, incluso cuando se trate de una garantía real a la que se haya dado inicialmente publicidad al privársele al deudor de la posesión.

46. La inscripción anticipada de la medida de ejecución pretendida puede reducir también la carga de investigación de los acreedores concurrentes, tanto garantizados como no garantizados, que estudien la posibilidad de iniciar un procedimiento de ejecución. De otro modo, tendrán que hacer más investigaciones sobre todos los acreedores garantizados inscritos, a fin de determinar si se ha iniciado ya una ejecución. Aunque en la práctica hace falta invariablemente cierto grado de comunicación entre los acreedores a fin de lograr la coordinación adecuada, la inscripción facilitaría al menos la labor de investigación de los demás acreedores.

3. Privación de posesión del deudor y otros mecanismos de control equivalentes

a) La privación de posesión del deudor como sustitutivo de la inscripción

47. Los derechos de garantía con desplazamiento están normalmente exceptuados de la inscripción, salvo, posiblemente, en lo que se refiere a la ejecución. Se estima que la privación de la posesión resuelve adecuadamente las principales fuentes de posibles perjuicios para terceros. La apariencia de una falsa riqueza se elimina, y la enajenación no autorizada a terceros por el deudor se hace inviable.

48. Sin embargo, a diferencia de la inscripción en un registro público, la privación de la posesión resuelve menos satisfactoriamente el problema del adelanto fraudulento de fechas en los casos en que la fecha histórica en que se asumió la posesión sea importante, por ejemplo, con respecto a las operaciones realizadas durante un período de sospecha anterior a la insolvencia del otorgante, o cuando la prenda posesoria concurra con un derecho de garantía sin desplazamiento. Por este motivo, algunos ordenamientos jurídicos imponen requisitos formales adicionales destinados a determinar la fecha de las prendas posesorias. La inscripción registral atendería más eficientemente esa misma preocupación. Aunque la mera inscripción de notificaciones no elimine plenamente el riesgo del adelanto fraudulento de fechas en el caso de la insolvencia, ofrece al menos una sólida presunción probatoria.

49. La exención de inscripción de las garantías reales con desplazamiento disminuye también el valor de publicidad del registro y complica la determinación de la prelación. Los terceros, incluidos los acreedores garantizados futuros, no pueden confiar plenamente en la consulta del registro. Deberán hacer otras investigaciones para asegurarse de que los bienes sobre los que se constituya una garantía siguen estando en posesión del deudor y bajo su control. Se trata de una parte normal del proceso de evaluación de riesgos, ya que un registro de gravámenes es por naturaleza menos fiable que un registro tanto de la propiedad como de los gravámenes que sobre ella pesan. Incluso aunque se exigiera dar publicidad a las garantías reales con desplazamiento, los acreedores garantizados tendrían que enfrentarse aún con el riesgo de que los bienes gravados hubieran sido vendidos pura y simplemente por el deudor o embargados por un acreedor ejecutante. Sin embargo, este último riesgo se reduce considerablemente en los ordenamientos que exigen la publicidad de las decisiones judiciales mediante su inscripción. A medida que un sistema trata de hacerse más global, las razones para exigir la inscripción de toda garantía real, incluso de las garantías con desplazamiento, van adquiriendo más peso.

50. Si se permite que la posesión por el deudor del bien gravado sustituya a la inscripción, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado podría renunciar a la posesión inscribiendo la notificación de la garantía, pero permitiendo que la fecha efectiva de ésta se remontara a la de la posesión inicial. En principio, nada hay que objetar, siempre que no exista una interrupción en la continuidad de la publicidad. No obstante, el resultado neto de ello sería otra disminución de la autoridad del registro.

b) Calidad de la posesión

51. Suponiendo que se acepte la posesión como sustitutivo de la inscripción, habrá que definir el concepto de forma que proteja de perjuicios a los terceros. Deberían eliminarse las técnicas de posesión interpretativa puramente ficticia, como la retención de la posesión por el deudor en virtud de un acuerdo por el que se convierta en fideicomisario o agente.

52. Una garantía real con desplazamiento no deberá, sin embargo, ser descalificada por el mero hecho de que los bienes permanezcan en los locales del deudor, como en el caso de bienes almacenados en un lugar al que el acreedor asegurado tenga un medio de acceso exclusivo, o en los acuerdos de almacenamiento de la clase descrita anteriormente en la presente Guía (véase

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, párrs. 6 y 7). Siempre que exista un control continuo y exclusivo por el acreedor garantizado, la política subyacente de la protección de terceros queda satisfecha. Muchas de esas técnicas surgieron en respuesta a la incapacidad histórica de los acreedores garantizados para constituir una garantía real válida sin desplazamiento. Si la vía alternativa de la inscripción pública de estas garantías se hace más general, esos acuerdos, naturalmente, serán menos frecuentes.

c) Posesión simbólica

53. La posesión simbólica debe seguir siendo posible cuando los indicios o documentos pertinentes son ampliamente aceptados en la práctica comercial general como medio único o más fiable de transferir o pignorar el bien o el valor que éste represente. Entre las técnicas ilustrativas están la entrega, con los endosos que sean necesarios, de certificados de participación e instrumentos negociables, y de documentos de título como conocimientos de embarque o recibos de almacén. Algunos ordenamientos jurídicos han creado sistemas de certificación de títulos para vehículos de carretera, que permiten a los acreedores garantizados dar publicidad adecuada a sus derechos de garantía tomando posesión del certificado del título. Si la práctica está bien establecida y funciona satisfactoriamente, deben conservarse esas formas de posesión. En cambio, la entrega de listas de créditos comerciales ordinarias no debe admitirse por lo general. Se trata de obligaciones insuficientemente negociables en la práctica comercial para proteger adecuadamente a terceros del riesgo de una enajenación concurrente por el deudor (aunque pueda haber excepciones limitadas). La fijación de una placa u otra forma de aviso material en el bien gravado resulta más problemática, por las posibilidades de abuso. Mucho dependerá de las prácticas comerciales locales: la naturaleza del bien y la notificación exigida pueden hacer que esa forma de posesión simbólica sea suficiente.

d) Notificación a terceros o control por éstos

54. El reconocimiento amplio de la posibilidad de pignorar bienes mediante la entrega de un documento de título, como un conocimiento de embarque o recibo de almacén, surgió porque, en esos casos, el tercero controla los bienes. El transportista o almacenista, según el caso, está legalmente obligado a entregar la posesión del bien de que se trate a la persona que esté en posesión del documento. Ello ilustra la idea más general de que un desplazamiento eficaz puede lograrse mediante un tercero. Además, esta técnica no se limita a la tenencia de objetos materiales. Por ejemplo, la privación efectiva del control sobre valores bursátiles certificados puede realizarse mediante el asentamiento del nombre del acreedor garantizado en los libros de quien expida el valor o mediante una anotación en los libros de un órgano de compensación.

55. Una idea análoga subyace en la regla de algunos ordenamientos que permite pignorar créditos por cobrar notificándolo al deudor. Como la notificación obliga al deudor en cuenta a hacer el pago del crédito por cobrar cedido a la persona que haga la notificación, se transfiere eficazmente derecho al valor monetario del crédito, del otorgante al acreedor garantizado que haya hecho la notificación.

56. En el contexto de la financiación por cesión de créditos, la notificación al deudor constituye el mecanismo para obligar al deudor en cuenta. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos que han adoptado un registro público de garantías sobre bienes muebles han rechazado en general la notificación como forma de publicidad frente a otros terceros o como medio de determinar la prelación. La prelación en los derechos al pago entre los acreedores garantizados concurrentes y los cesionarios se determina en cambio por el orden de inscripción. Esta norma permite a los acreedores garantizados y a los cesionarios evaluar más exactamente y confiar en el valor de los créditos cedidos, y facilita la financiación de créditos en cuenta no notificados frente a la mayoría de las obligaciones presentes y futuras del otorgante.

57. Sin embargo, puede ser viable e incluso preferible dar algún papel a la notificación a terceros o el control por éstos, como método de publicidad, en el caso de algunos bienes inmateriales de alto valor, como los pagos debidos en virtud de una póliza de seguro o una carta de crédito, o incluso en relación con garantías otorgadas sobre cuentas bancarias o cuentas de inversión, o de garantías en poder de un intermediario. En cambio, no existe un consenso claro sobre la forma de resolver cuestiones como la medida en que el control debe ser el único mecanismo de publicidad, con exclusión de la inscripción; la cuestión de si el consentimiento del tercero debe ser condición previa para una publicidad efectiva; y la prelación relativa, especialmente en el caso de garantías otorgadas sobre un bien de inversión en poder de un intermediario, cuando un tercero que tenga el control haya constituido una garantía sobre el mismo bien, o haya vuelto a pignorarlo para garantizar su propia deuda.

58. Determinar si la privación de posesión del deudor debe sustituir a la inscripción es una cuestión abierta. Suponiendo que no sea necesario dar publicidad por inscripción registral a las garantías reales con desplazamiento, deberá definirse el concepto de la privación de posesión del deudor de forma que reduzca al mínimo la posibilidad de que el otorgante constituya derechos concurrentes sobre los bienes gravados, a favor de terceros. Aunque este contraste funcional eliminaría las formas de posesión puramente ficticias, liberalizaría también la idea del desplazamiento más allá de la entrega física de los bienes gravados para incluir una posesión interpretativa mediante la incorporación a un título o documento de bienes tanto inmateriales como corporales, y la tenencia por terceros de bienes tanto corporales como inmateriales, en nombre del acreedor garantizado.

4. Validez frente a terceros de las garantías reales sin publicidad

59. Los ordenamientos varían con respecto a si es necesaria la publicidad para constituir la garantía, incluso entre las partes inmediatas, o sólo a efectos de su validez frente a terceros. Aunque la publicidad se ocupa principalmente de la idea de la notificación a terceros, el último método mencionado puede ser más atractivo, aunque haya que tener en cuenta una serie de consideraciones.

60. En primer lugar, el desplazamiento de la posesión es esencial para constituir válidamente la prenda posesoria tradicional. En los ordenamientos jurídicos en que la prenda es la forma típica de garantía sobre los bienes muebles, la inscripción pública de las garantías sin desplazamiento se considera un sustitutivo de la entrega física y es, lógicamente, una medida constitutiva.

61. En segundo lugar, muchos ordenamientos jurídicos no conocen la relatividad del régimen de la propiedad, es decir, la idea de que un derecho real pueda constituirse válidamente frente a una persona (en el presente caso, el otorgante) y no frente a otras (en el presente caso, los terceros demandantes que concurran). En esos ordenamientos un derecho real, o existe plenamente o no existe.

62. Esas preocupaciones conceptuales no pueden desconocerse en una guía legislativa de operaciones garantizadas destinada a adaptarse a distintas tradiciones jurídicas. Sin embargo, las preocupaciones sobre cómo formular el requisito de publicidad (es decir, como factor constitutivo o determinante de la oponibilidad de la garantía real frente a terceros) son debatibles, en la medida en que el resultado es el mismo con ambos métodos. La diferencia sólo resulta pertinente si se desea dar una cierta validez frente a terceros a una garantía real sin publicidad. Sobre este punto, los distintos ordenamientos adoptan políticas distintas.

63. En algunos ordenamientos, la publicidad o la privación de posesión del deudor, como sustitutivo de la publicidad, es requisito previo absoluto para la eficacia frente a terceros. Se puede constituir una garantía real frente a terceros siempre y cuando se inscriba, o se produzca el desplazamiento de la posesión. Otros ordenamientos empiezan por establecer una presunción inversa. Se presume que la garantía surte efecto en cuanto se concierta el acuerdo, con sujeción quizá a algunos requisitos mínimos de constancia escrita. De ello resulta que los terceros sólo quedan protegidos de una garantía real sin publicidad si pueden aducir alguna fuente de protección explícita, judicial o legislativamente ordenada.

64. La tendencia legislativa moderna en los países que cuentan con un registro de gravámenes de índole realmente completa favorece la denegación o limitación de los efectos frente a terceros de toda garantía real sin publicidad, siempre que éstos dispongan de una garantía real de valor reconocido. Las excepciones se limitan a las cesiones de bienes que no tengan un valor determinado y, posiblemente, a los compradores en el curso normal del negocio que tengan un conocimiento real de una garantía real sin publicidad, aunque esta última excepción puede ser más controvertida (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 32). Las matizaciones basadas en el conocimiento real requieren una investigación objetiva y disminuyen la eficiencia de las normas legales, fomentando los litigios. Indudablemente, no debe permitirse que el conocimiento efectivo prevalezca sobre la prelación obtenida mediante el orden de inscripción o la privación de posesión del deudor, cuando concurran acreedores garantizados. Permitirlo socavaría la certidumbre y previsibilidad de la norma de prelación. Este método no es injusto con el titular de una garantía real sin publicidad. El acreedor concurrente hubiera podido protegerse siempre asumiendo la posesión o inscribiendo la garantía oportunamente. Por ello, no existe una mala fe intrínseca en un acreedor garantizado que afirme su prelación a pesar de haber tenido un conocimiento efectivo. Si el ordenamiento requiere la oportuna inscripción o la posesión a efectos de prelación, el acreedor garantizado deberá tener derecho a confiar en que el otro acreedor no ha hecho la inscripción, al evaluar su propia prelación.

5. Validez frente a terceros de las garantías reales con publicidad

65. Si se hace de la inscripción registral o de la privación de posesión del deudor un requisito previo para la eficacia de toda garantía real, se ofrece una fórmula

común, no sólo para determinar el momento en que la garantía será válida frente a terceros que adquieran un derecho concurrente sobre los bienes gravados, sino también para decidir las controversias de prelación entre garantía reales concurrentes.

66. Sin embargo, un sistema de operaciones garantizadas debería velar también por que la seguridad de las operaciones ordinarias de mercado con bienes muebles no se viera indebidamente estorbada. Ello puede exigir articular excepciones, a los efectos de prelación de la publicidad, a fin de proteger a los cesionarios de bienes garantizados que adquieran sus derechos en el curso ordinario de los negocios del otorgante, así como a los tenedores y cesionarios con posesión (incluidos los que hagan valer garantías concurrentes) de dinero y títulos negociables sujetos a una garantía real inscrita.

67. Además, los ordenamientos jurídicos pueden no estar dispuestos a imponer la carga de la consulta y los riesgos de no tener éxito a cesionarios relativamente poco expertos, aunque hayan adquirido su derecho en una operación comercial no ordinaria. Ello puede exigir otras excepciones si se trata de cesionarios que adquieran bienes garantizados con fines no comerciales o si la operación afecta a un bien de valor relativamente escaso o a una suma de operaciones poco importante. En cambio, cuanto más amplias sean las categorías de cesionarios a los que se permita adquirir bienes desgravados de toda garantía real inscrita, menos justificación habrá para imponer, en primer lugar, la carga de la inscripción al acreedor garantizado. Por consiguiente, podría ser necesario también considerar la posibilidad de exonerar a los acreedores garantizados de todo requisito de publicidad cuando no tengan derecho a reclamar un bien que esté en manos de cesionarios inocentes. Hay que sopesar este método con la utilidad de seguir exigiendo la publicidad a los acreedores para todo supuesto de insolvencia o de ejecución de la garantía.

68. Por último, puede ser necesario exonerar temporalmente a los acreedores garantizados de la carga de realizar o mantener la publicidad, para tener en cuenta algunas realidades de mercado. Por ejemplo, sería conveniente dar a los acreedores garantizados con retención del título un “período de gracia” para la publicidad, con objeto de facilitar la financiación inmediata en los sectores de ventas y arrendamientos. De igual modo, aunque, en principio, los derechos de garantía sobre el producto deban someterse a los mismos requisitos de publicidad que se aplicarían a los derechos de garantía constituidos sobre bienes de la misma clase, establecer un período de gracia para la publicidad puede ser necesario a fin de dar al acreedor garantizado oportunidad de determinar la existencia y naturaleza del producto. Además, los acreedores garantizados que hayan cumplido el requisito de publicidad mediante la privación de posesión del deudor deberán poder, cuando el contexto comercial lo exija, liberar los bienes garantizados del otorgante por un plazo limitado, sin perder su orden de prelación (por ejemplo, para que el deudor pueda aceptar la entrega de los bienes gravados, representados por un documento de título a esos efectos, por ejemplo, de venta o transbordo).

B. Resumen y recomendaciones

69. En principio, las garantías reales deben ser de conocimiento público, sea por medio de la posesión o el control, sea por medio de su inscripción registral. Debe

ser posible llegar a una solución intermedia en la que la publicidad sea la regla general, sujeta a contadísimas excepciones.

70. La publicidad puede ser un requisito constitutivo para la existencia de una garantía real válida o simplemente una condición previa para la eficacia de ese derecho frente a ciertas categorías de terceros. La cuestión conexa de si la publicidad debe ser requisito previo para el ejercicio de las medidas de ejecución sobre los bienes gravados se trata en el capítulo IX.

71. Si la privación de posesión del deudor debe sustituir a la inscripción registral es una cuestión abierta. De no hacerse obligatorio dar publicidad, por vía de inscripción, de las garantías reales con desplazamiento, cabría definir el concepto de privación de posesión del deudor de forma que se redujera al mínimo la posibilidad de que el otorgante constituyera derechos concurrentes sobre los bienes gravados, a favor de terceros.

72. Como norma general, la prelación de los derechos de garantía frente a demandantes concurrentes debe establecerse por la fecha en que el acreedor garantizado hizo originalmente la inscripción o privó de su posesión al deudor, con independencia de que exista o no un conocimiento efectivo de cualquier derecho concurrente, siempre que no haya habido un período intermedio durante el cual aún no se hubiera dado publicidad a la garantía real. Puede ser necesario establecer excepciones y hacer matizaciones en esta norma, a fin de tener en cuenta consideraciones de equidad y de práctica comercial (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 19 a 32).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar el concepto de un registro general de gravámenes reales para dar publicidad a toda notificación de la constitución de una garantía real o de otros derechos reales sin desplazamiento sobre bienes muebles, y para establecer la prelación y eficacia de esos derechos frente a terceros. A fin de lograr la máxima utilidad de la publicidad, el registro debería ser de diseño centralizado y de ámbito general, y abarcar todas las operaciones importantes sin desplazamiento sobre bienes muebles, tanto consensuales como no consensuales, y tanto basadas en la transferencia de la propiedad o titularidad como en la constitución de una garantía real.*

Además, quizá desee examinar el Grupo de Trabajo si la notificación deberá contener una identificación del otorgante y del acreedor garantizado y una descripción razonable de los bienes gravados.

Por otra parte, tal vez desee examinar el Grupo de Trabajo si la notificación debería especificar una suma máxima de crédito garantizado a la que se aplicara la notificación, y si el sistema de inscripción o anotación pública debería permitir inscribir una notificación antes de haberse concertado un acuerdo de garantía, y abarcar a todos los tipos de otorgantes.]

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-53	925
VI. Sistema de inscripción	1-53	925
A. Observaciones generales	1-48	925
1. Introducción	1-4	925
2. Cuestiones esenciales de diseño	5-33	926
a) Inscripción de notificaciones e inscripción de documentos	5-14	926
b) Autorización para inscribir y firma	15-17	928
c) Índice basado en los otorgantes o basado en los bienes	18-21	929
d) Proceso de inscripción	22-27	930
e) Duración de la eficacia de una notificación inscrita	28-33	931
3. Otros elementos básicos	34-48	932
a) Acceso público a la base de datos	34-35	932
b) Grado de detalle del texto legal	36	933
c) Honorarios	37-41	933
d) Explotador público o privado	42	934
e) Efecto de error en la inscripción y asignación del riesgo de pérdidas	43-44	934
f) Prueba del contenido de la base de datos	45	935
g) Sistemas alternativos	46	935
h) Cuestiones especiales en un Estados federal	47	935
i) Ausencia de discriminación	48	936
B. Resumen y recomendaciones	49-53	936

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

VI. Sistema de inscripción

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Como se señala en el capítulo V (véase, por ejemplo, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párrs. 6 y 7, y 23), los regímenes de los derechos de garantía en muchos países disponen que la publicidad de la garantía se logre inscribiendo una notificación de esa garantía en un registro público o en un sistema de inscripción. La expresión "sistema de inscripción" se prefiere aquí a "registro", a fin de subrayar que, a diferencia del registro de bienes inmuebles, un sistema de inscripción para la mayoría de las formas de bienes muebles deja constancia sólo de la garantía. El sistema de inscripción es una fuente, no exclusiva, de datos limitados y no de derechos de propiedad sustantivos. No recoge información sobre la validez o la naturaleza del título del otorgante; y no prueba que el derecho de garantía exista, ni que exista siquiera realmente el bien descrito.

2. El sistema de inscripción es el foro en que se hace un anuncio o aviso, alertando a quienes consulten el registro de la posibilidad de que exista (o pueda constituirse en el futuro) un derecho de garantía sobre determinados bienes gravados en los que el otorgante tiene (o pueda adquirir en el futuro) algún derecho. Como tal, el sistema de inscripción debe entenderse como existente en el contexto de otras fuentes alternativas de información (por ejemplo, el otorgante mismo o quienes faciliten información sobre créditos). Los datos que constituyen ese anuncio se denominan "anotación".

3. Aunque el modelo y los detalles del sistema de inscripción se determinarán en el derecho sustantivo del sistema de derechos de garantía de que se trate, y pueden variar, sus funciones comprenden:

a) Ofrecer un instrumento para ayudar a determinar la prelación (véase el capítulo VII). Un sistema de inscripción eficaz permitirá a quienes tengan futuros derechos concurrentes determinar fácil y rápidamente cuál será su prelación;

b) Alertar a terceros interesados sobre la posible existencia, actual o futura, de un derecho de garantía concurrente;

c) Disminuir el riesgo de fraude; y

d) Ser requisito previo para la ejecución del derecho de garantía frente al otorgante (véase el capítulo IX).

4. Un sistema de inscripción de una notificación (es decir, de datos limitados), y no de un ejemplar de la operación de financiación, presenta varias ventajas. Es rápido, eficiente y flexible. Reduce al mínimo la necesidad de recursos para la inscripción, al propio tiempo que aumenta al máximo la reserva de los pormenores financieros (véanse los párrs. 5 a 17; véase también A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párrs. 22 y 23).

2. Cuestiones esenciales de diseño

a) Inscripción de notificaciones e inscripción de documentos

5. Suponiendo que se trate de un sistema de inscripción de notificaciones, como queda dicho, el régimen de derechos de garantía debe decir claramente que el término "notificación" no se refiere a ningún formulario ni documento sino a un conjunto de datos. Debe indicar también que la anotación puede referirse a uno o más otorgantes y a uno o más acreedores garantizados, y que el efecto de esa notificación no se limitará a una sola operación.

6. En cuanto a la información que deba incluirse en la notificación, el régimen podría exigir sólo los datos mínimos necesarios para advertir a quienes consulten el registro de la posibilidad de otros derechos. Esas personas, si lo desean, podrán obtener entonces más información de otras fuentes. Deben evitarse los obstáculos al acceso y las formalidades excesivas.

7. Los datos necesarios para que una notificación sea legalmente suficiente podrían limitarse a tres elementos: identificación del deudor (o del otorgante, si es un tercero); identificación de un nombre del acreedor garantizado; y descripción de los bienes. Esos elementos se examinan a continuación con más detenimiento.

i) Identificación del otorgante

8. La identificación del otorgante es sumamente importante, ya que la clave para que quien consulte el registro conozca la notificación es el nombre del otorgante (véase el párrafo 19 *infra*). Muchos ordenamientos tienen un sistema de registro de entidades que ofrece constancia pública del nombre exacto de la entidad y, con bastante frecuencia, el número de identificación asignado a esa entidad. Muchos ordenamientos asignan también un número de identificación a cada persona individual o utilizan su fecha de nacimiento para ayudar a la identificación. Como elemento de identificación adicional, el número de identificación ayudará a quienes consulten el registro a determinar si una notificación determinada se refiere a la persona con respecto a la cual se hace la consulta. Ese elemento adicional no tiene por qué ser necesario para la suficiencia legal de la notificación. Podría incluir también la dirección del otorgante como elemento adicional conveniente, pero tampoco este elemento debe afectar a la suficiencia legal. Otras cuestiones pueden surgir de la lógica de consulta que utilice el sistema. Por ejemplo, los nombres de las personas individuales aparecen indizados normalmente por orden alfabético de apellido, mientras que los de las entidades se ordenan alfabéticamente, exactamente como se presentaron. Harán falta normas de inscripción para exigir a quien presente la notificación que señale si el otorgante es una persona individual o una entidad y, en el primer caso, cuál es su apellido.

ii) Identificación del acreedor garantizado

9. La clave para localizar una notificación debe ser el nombre del otorgante, no el del acreedor garantizado. La identificación del acreedor garantizado ofrece un método para determinar si la parte que reclama una ventaja basada en la notificación es realmente la que tiene derecho a hacerlo (la inscripción de la notificación beneficia al futuro de esa parte). Este elemento no tiene que ser necesariamente el nombre del acreedor garantizado previsto, sino que puede ser un agente (cuya

condición jurídica de tal no necesita ser revelada, lo que es de especial importancia en los préstamos sindicados). Aunque esta información no es tan importante como identificar al otorgante, si la notificación proporciona información equívoca sobre la identificación del acreedor garantizado, éste puede sufrir las consecuencias con respecto a la parte inducida a engaño, pero ello no deberá afectar a la suficiencia legal de la inscripción. Puede ser conveniente también una dirección del acreedor garantizado, aunque no sea un elemento de suficiencia legal. Si se requiere una dirección, el acreedor garantizado deberá correr con el riesgo tanto de las pérdidas causadas realmente a un tercero por una dirección incorrecta como de no recibir alguna comunicación jurídica que se le envíe a la dirección que figure en la notificación (por ejemplo, la comunicación de un derecho de garantía prendaria del saldo de una participación).

iii) Descripción de los bienes comprendidos en la notificación

10. La descripción en la notificación de los bienes gravados no necesita ser congruente con la hecha en el acuerdo de garantía para que la notificación sea legalmente suficiente. La inclusión en la notificación no amplía los derechos reales creados por el acuerdo de garantía; es el acuerdo y no la notificación el que crea los derechos reales del acreedor garantizado y determina el ámbito de los bienes gravados. Debe permitirse al otorgante vigilar y aplicar las medidas adecuadas contra todo exceso no autorizado en la inclusión de los bienes gravados en la notificación. El rigor de este requisito sólo debe aplicarse en la medida en que quien consulte el registro hubiera debido ser advertido razonablemente del posible ámbito de un derecho concurrente potencial. Siempre que el otorgante quede debidamente protegido, debe suavizarse la regulación de la descripción hecha en la notificación de los bienes gravados, a fin de no crear ineficiencias y riesgos de errores innecesarios. Por consiguiente, la descripción no necesita ser específica y puede hacerse por tipos o categorías de bienes. Esto resulta especialmente útil en el contexto de la inclusión de bienes futuros. Además, las descripciones detalladas pueden confundir e inducir a error.

iv) Suma máxima

11. Otro elemento que se sugiere a veces es el requisito de que la notificación especifique una suma máxima de crédito garantizado para las ventajas que se derivan (desde el punto de vista de la prelación) de la inscripción de la notificación. Como ello se examina con frecuencia en el contexto del contenido de ésta, se estudia también aquí.

12. La ventaja de fijar una suma máxima en la notificación es que, de esa forma, puede obtenerse crédito adicional, y que otros proveedores de crédito pueden garantizar otras obligaciones con el valor que exceda de la suma máxima declarada, sin necesidad de concertar un acuerdo con el acreedor garantizado existente (que de otro modo tendría prioridad (sería “más antiguo”), al haber inscrito primero). Sin embargo, el inconveniente de limitar la prelación atribuible a una notificación escrita es que complica y aumenta el costo de obtener crédito adicional del acreedor garantizado existente, que con frecuencia será la fuente más probable y menos costosa de crédito adicional (véase un examen más detenido de esta cuestión en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5 párrs. 35 a 37 y en Add.7, párrs. 46 a 48).

v) Inscripción previa

13. Un régimen de derechos de garantía debería prever la posibilidad de inscribir una notificación antes de concertar el acuerdo de garantía, es decir, la de que no existiera la obligación en el momento de la inscripción. Las ventajas e inconvenientes de la "inscripción previa" se han explicado en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5 párrs. 24 a 28). Las ventajas pueden ser mayores que cualquier preocupación por la protección del otorgante en el caso de que una inscripción hecha antes de la creación del derecho de garantía resulte inadecuada por no haber prosperado la operación. Probablemente se podría proteger al otorgante mediante disposiciones que exigieran que el acreedor garantizado pusiera término a la inscripción si se le solicitaba, análogas a las aplicables cuando la obligación garantizada se satisface mediante el pago.

vi) Otorgantes nacionales y extranjeros

14. Un solo sistema de inscripción, que abarcara tanto a los otorgantes nacionales como a los extranjeros, así como todos los tipos de otorgantes (es decir, a toda clase de personas jurídicas y de personas individuales), aumentaría al máximo la eficiencia del régimen de garantía.

b) Autorización para inscribir y firma

15. Una notificación inscrita no autorizada por el otorgante (o, en el caso de extinción o prórroga, por el acreedor garantizado) no debería producir efectos jurídicos. Sin embargo, la firma no debe ser un requisito estándar para que la notificación sea efectiva.

16. Imponer un requisito de firma aumentaría las obligaciones de las partes en la operación, así como los gastos administrativos. Aunque se previera la firma electrónica (de forma que el requisito de la firma no excluyera la inscripción electrónica), ese requisito podría hacer el proceso más costoso y oneroso, especialmente si las disposiciones sobre firma electrónica del ordenamiento jurídico prescriben una tecnología específica. De hecho, el requisito de la firma tradicional no excluye la falsificación. Además, el personal de la oficina de inscripción puede no estar capacitado para detectar falsificaciones, y los esfuerzos por detectarlas supondrían una desviación de recursos escasos y retrasarían el proceso de entrada de todas las inscripciones.

17. En el caso raro de una inscripción dolosa, el otorgante perjudicado debería poder recurrir a los tribunales. Se podría prever otras medidas destinadas a protegerlo, con mayor costo para el régimen de créditos garantizados. Un método, por ejemplo, podría ser dar al otorgante el derecho a iniciar un procedimiento para eliminar la anotación no autorizada. En tal caso, la oficina de inscripción tendría que enviar una comunicación al acreedor garantizado identificado en la notificación. Si el acreedor garantizado no respondía dentro del plazo previsto, el régimen podría prever una decisión judicial o la eliminación automática de la notificación del registro. El efecto disuasor de esa sanción legislativa reduciría probablemente, de forma efectiva, la mala conducta del acreedor garantizado. En cualquier caso, al determinar si debe haber mayor protección para el otorgante, el legislador tendrá que sopesar la importancia del riesgo de un error de inscripción, intencional o no, y

el costo y riesgo de las pérdidas que pueden sufrir las partes garantizadas como consecuencia de un error del otorgante (por ejemplo, si éste inscribe erróneamente una extinción o solicita también por error una supresión).

c) Índice basado en los otorgantes o basado en los bienes

18. Los registros tradicionales habituales en muchos países, como los de aeronaves o patentes, son fundamentalmente registros de la propiedad que pueden abarcar la transferencia de derechos menos plenos que la propiedad propiamente dicha (son registros basados en los bienes). Las transferencias afectan a bienes no fungibles, con número de serie y de gran valor, en los que la descripción individual, incluso cuando son corporales, resulta difícil si no imposible, especialmente cuando el régimen comprende los bienes futuros. Utilizar la descripción o el número de serie de los bienes como base para el índice en un sistema general de inscripción de garantías sobre bienes muebles es imposible.

19. Eso deja la identificación del otorgante como base para el índice. Éste puede basarse en el nombre del otorgante o, en algunos países, en su número de identificación (véase el párr. 8), o incluso en una combinación de ambos. Ello hace sumamente importante que el nombre del otorgante sea correcto, lo que constituye un problema, sobre todo, en los sistemas en que cabe esperar razonablemente que la gran mayoría de las inscripciones afectarán a otorgantes que sean personas individuales. Todo dependerá de si la operación se realiza únicamente en nombre del propietario o en el de la entidad, y de si el sistema de inscripción comprende o no los vehículos de motor para el transporte de pasajeros. La importancia de la dificultad de facilitar el nombre del otorgante con total exactitud variará según los países, en función de la existencia de una identificación obligatoria o de un régimen de identificación interna que pueda servir de base para que haya un solo nombre fiable y verificable para cada persona. En algunos países se dan números de identificación no privados a las personas individuales; esos números podrían utilizarse además, o en lugar de los nombres. Con respecto a los nombres de los otorgantes que sean personas jurídicas, existe con frecuencia un registro público de esas entidades, que permite disponer de un solo nombre fiable y verificable.

20. Imaginar un sistema de inscripción utilizable con carácter transfronterizo plantea problemas relativos a las bases de datos multilingües. Operar con una base de datos de alfabetos múltiples puede plantear problemas más difíciles, aunque, dentro de un ordenamiento determinado, es menos probable que se plantee este problema. Los problemas pueden aminorarse utilizando la identificación del otorgante por un número u otro elemento, habida cuenta de los recientes avances tecnológicos.

21. Con respecto a determinados tipos de bienes de gran valor que pueden ser identificables individualmente, como los vehículos de motor, existe normalmente un número de identificación dado por un organismo gubernamental o por otra fuente reconocida y fiable. En tales casos, el índice basado en el otorgante puede complementarse, con respecto a esos tipos de bienes, con un índice basado en los bienes, haciendo de la identificación por su número de los bienes gravados una condición para la prelación sobre los derechos concurrentes que se especifiquen, especialmente los de los compradores.

d) Proceso de inscripción

22. Una cuestión que hay que resolver desde el principio es si el sistema de inscripción debe basarse en la inscripción electrónica, exclusiva o facultativamente, y si debe acoger también las inscripciones sobre papel.

23. No puede haber duda de la eficiencia y rapidez superiores de la inscripción electrónica. De forma adecuada, traslada toda la responsabilidad de la entrada de unos datos exactos, de la oficina de inscripción a quien realiza ésta. Un sistema electrónico, al producirse la inscripción, puede tramitar, indizar y confirmar instantáneamente el hecho de la inscripción. También puede programarse de forma que reduzca los errores de entrada de quien inscriba. Esa tecnología existe ya y funciona en diversos países. Se producen ahorros de costos considerables con la administración y mantenimiento de un sistema electrónico, una vez satisfechos los gastos de primera instalación. A fin de fomentar la ampliación del crédito de las instituciones extranjeras, un sistema electrónico podría permitir incluso la consulta multinacional.

24. Aunque la utilización de computadoras pueda ser más limitada en los países menos desarrollados, es probable que quienes hagan inscripciones de mayor volumen (por ejemplo, las instituciones financieras) tengan acceso a la informática. Siendo así, es poco probable que cualquier sistema nuevo que se utilice en el futuro se aplique sólo a las entradas sobre papel. Los costos de funcionamiento adicionales y la complejidad legislativa añadida cuando coexisten la inscripción electrónica y la inscripción sobre papel (por ejemplo, la forma de tratar los plazos transcurridos entre la presentación y la disponibilidad para la consulta, cuestión que sólo se plantea con respecto a las inscripciones sobre papel) abogan por la utilización exclusiva de la inscripción electrónica, aunque ello dependerá de la infraestructura del país.

25. Problemas como la ubicación de las instalaciones físicas se reducen también mediante la inscripción electrónica. Sólo hace falta un depósito (tanto si las inscripciones son sobre papel como electrónicas), lo que exigirá menos empleados. Un régimen que prevea múltiples lugares de entrada puede tropezar con problemas de “lugar adecuado para la inscripción” (tanto *ab initio* como al cambiar el factor determinante) o, posiblemente, con problemas de inscripciones simultáneas frente al mismo deudor, hechas en diferentes oficinas.

26. El régimen podría aclarar la función limitada de quien administre el sistema, especificando las únicas razones permisibles para rechazar inscripciones. Esta cuestión se verá facilitada también por la inscripción electrónica, que elimina la intervención humana en el proceso de entrada. Archivar, buscar e informar no son tareas discrecionales. El personal administrativo debe conocer plenamente las diferencias existentes entre su sistema de inscripción y los registros tradicionales, y toda su conducta debe reflejar esas diferencias. El régimen deberá prever también el mantenimiento y la destrucción de las inscripciones.

27. Todas las decisiones sobre diseño deben contrastarse con el principio general de que el sistema de inscripción, como elemento esencial de un régimen eficaz y eficiente de garantías sobre bienes muebles, debe ser simple, transparente y fácil de utilizar, tanto por quienes hagan las inscripciones como por quienes las consulten. Incluso en un sistema basado exclusivamente en las entradas sobre papel, la base de

datos puede y debe informatizarse. La informatización ofrece una forma más eficiente de mantener las inscripciones y consultarlas, y debe resultar de funcionamiento menos costosa. También aumenta la integridad del sistema, al disminuir la posibilidad de errores humanos y conductas indebidas.

e) Duración de la eficacia de una notificación inscrita

28. Hay tres opciones para el período de efectividad de una notificación inscrita. Ese período puede ser:

a) De duración ilimitada, que sólo terminará por la inscripción autorizada de una extinción;

b) De plazo fijo (incluido el infinito) elegido inicialmente por quien haga la inscripción, y de posible ampliación mediante la inscripción de una prórroga; o

c) De plazo fijo legal común, con posibilidad de ampliación mediante la inscripción de una prórroga.

29. La mayor parte de la financiación garantizada de bienes personales se extiende a un período relativamente corto, que en muchos ordenamientos rara vez dura más de cinco a siete años. Sin embargo, a menudo resulta difícil predecir exactamente por cuánto tiempo se necesitará la eficacia de la anotación, ya que algunas operaciones son abiertas y otras de plazo inicialmente fijado se prorrogan con frecuencia, por acuerdo o a consecuencia de la culpa del deudor, más allá de la fecha inicialmente prevista para el crédito. En consecuencia, cuando quienes hacen la inscripción pueden elegir el plazo, normalmente prefieren uno superior al fijado en los documentos de crédito (los honorarios más altos no son disuasivos, ya que son los deudores quienes tendrán que pagar los gastos de inscripción como parte del costo de la concesión del crédito).

30. Las opciones a) y c) presentan una ventaja administrativa, en el sentido de que todas las inscripciones son válidas para siempre o válidas por un plazo fijo uniforme, lo que evita complicaciones derivadas de la individualización del proceso de entrada (es decir, evita tener que tratar con distintas duraciones y, en consecuencia, con variaciones de honorarios y la posibilidad consiguiente de rechazos si no se abonan los correctos). La opción iii) tiene la ventaja adicional de hacer que el archivo se “autolimpie” (es decir, las inscripciones expirarán transcurrido el plazo). Esto es importante, no sólo en el ámbito de los documentos sobre papel sino también en los sistemas electrónicos. Aunque el espacio de archivo electrónico es menos costoso que el del archivo de documentos, el almacenamiento no es el único factor. Está también el de la conservación en la base de datos y el de proporcionar a quienes consulten el registro una información que ya no es útil. Además, cuando la vida de una inscripción ha terminado a consecuencia de haber dejado que se cumpliera el plazo sin inscribir una prórroga, se evitan problemas en relación con la inscripción de extinciones.

31. Aunque en la opción c) se trata de una cuestión de menor importancia, la terminación de la eficacia de una inscripción debe tratarse en las tres opciones. Las extinciones sirven tanto para el fin público de limpiar el archivo de inscripciones que no son ya efectivas (reducir la cantidad de datos facilitados como respuesta a las consultas) y el fin privado de permitir al otorgante presentar un historial limpio, sin

gravámenes (y, en consecuencia, sin prelaciones vigentes) a un futuro proveedor de crédito. Aunque la obligación del acreedor garantizado con respecto a la extinción es un problema de derecho sustantivo que se trata en el capítulo VIII, todo sistema basado en la inscripción de extinciones debe prever también la protección contra las inscritas por error (hechas por el acreedor garantizado identificado en la notificación o por un extraño) o de mala fe (hechas por el otorgante). En algunos sistemas existentes, la oficina de inscripción debe notificar al acreedor garantizado que se ha inscrito una extinción (ésta sólo es efectiva si el acreedor garantizado no trata de impedirla dentro de un plazo especificado). El método impone gastos de tiempo y monetarios a las partes. La disminución de esos gastos requiere determinar cuál de las partes soportará los riesgos y cargas.

32. Tras la plena satisfacción de todas las obligaciones garantizadas, el otorgante debe tener derecho a que el acreedor garantizado haga la extinción. Se puede imponer una sanción legal a éste en caso de incumplimiento (por ejemplo, una multa o el pago de los daños). Otro método alternativo, examinado anteriormente (véase el párrafo 31) podría exigir que la oficina de inscripción notificara al acreedor garantizado la recepción de una extinción que, a falta de objeción por parte del acreedor garantizado, se haría efectiva al expirar un período determinado. Este método exigiría algún sistema para resolver cualquier controversia, y la asignación de riesgos durante el período anterior a la decisión final. Los proveedores de crédito exigirán un aviso razonable de la oficina de inscripción, a fin de reducir al mínimo el riesgo de mala fe del otorgante.

33. El sistema de derechos de garantía debe decir claramente qué ocurrirá si un acreedor garantizado no inscribe una declaración de prórroga dentro del plazo prescrito, y también cuál será el efecto de ese lapso sobre la prelación de que antes disfrutaba el acreedor garantizado (que podría ser distinta con respecto a los demandantes concurrentes). El sistema debe prever asimismo:

a) El método para realizar la prórroga y la extinción;

b) La cancelación judicial o administrativa;

c) El efecto y el método para tratar hechos ulteriores, como, por ejemplo, el cambio de nombre del otorgante; la transferencia por el otorgante de los bienes gravados; el cambio de ubicación del otorgante o de los bienes gravados (en la medida en que sean de interés para determinar el lugar apropiado para la inscripción); o la necesidad de modificar el nombre con arreglo al cual se haya indizado la inscripción, en caso de cambio de nombre del otorgante;

d) El método para tratar otras modificaciones (cambios en los bienes gravados y cambios en las partes, como, por ejemplo, una cesión del derecho de garantía por el acreedor garantizado).

3. Otros elementos básicos

a) Acceso público a la base de datos

34. En muchos países, con respecto a los registros tradicionales, es práctica habitual obligar a quien consulte el registro a probar que tiene un interés de buena fe, que el registrador considere satisfactorio, para realizar la consulta. En algunos

países el acceso se limita en el contexto de normas que disponen que sólo las entidades financieramente reguladas tienen derecho a servirse de ciertos mecanismos de garantía sobre bienes muebles. Sin embargo, los impedimentos para el acceso, como la calificación por parte de la oficina de inscripción, pueden causar demoras o exclusiones indebidas. Muchas personas que tienen relaciones comerciales con el otorgante, o las están considerando, pueden tener razones legítimas para solicitar el acceso a la base de datos. Como la notificación proporciona sólo datos mínimos, la preocupación por la reserva es menos significativa. Por consiguiente, es importante que el sistema declare expresamente que todos podrán inscribir o consultar el sistema de inscripción de derechos de garantía, sin interferencia del administrador de éste.

35. Técnicamente, el índice y la base de datos pueden ponerse fácil y gratuitamente a disposición de quienes los consulten desde lugares remotos (excluyendo la posibilidad de modificar su contenido). Con respecto a la inscripción, el grado de seguridad conveniente influirá en la estructura tecnológica del sistema. En todos los casos, cualquier restricción del acceso propuesta deberá ser moderada por el objetivo de hacer el sistema fácil para el usuario y por el reconocimiento de que la meta del régimen de garantías sobre bienes muebles es aumentar la disponibilidad de crédito de bajo costo.

b) Grado de detalle del texto legal

36. Aunque las tareas de la oficina de inscripción pueden detallarse, el sistema necesita regular sólo la entrada básica, la facilitación de la consulta y las responsabilidades de archivo de la oficina de inscripción. Hay que encontrar un equilibrio entre elaborar una reglamentación sencilla y flexible, y garantizar la certidumbre y la transparencia administrativa. Los derechos y obligaciones, como los criterios discrecionales y de actuación del administrador del sistema, deberán quedar claramente establecidos por el régimen.

c) Honorarios

37. Unos honorarios altos de inscripción y consulta socavarán el objetivo de hacer una reforma legal de las operaciones de garantía que aumente la capacidad del crédito garantizado y reduzca sus costos. Los honorarios de inscripción deberán fijarse a bajo nivel para permitir y alentar la utilización del sistema de inscripción en la mayor variedad posible de operaciones.

38. Establecer el sistema de inscripción como fuente de ingresos (por encima de la simple recuperación de los gastos) iría también en contra del objetivo de fomentar el crédito garantizado de bajo costo. Unos honorarios de inscripción de declaraciones financieras destinados a aumentar los ingresos equivalen a un impuesto, soportado por los deudores, sobre las operaciones garantizadas. El efecto negativo de los derechos de timbre, incluido el incentivo consiguiente para evitar una forma gravable, ofrece al respecto una experiencia instructiva.

39. Aunque la recuperación de los costos deberá ser el propósito final de cualquier honorario percibido, la cuestión habrá de considerarse a la luz de los propósitos generales de la legislación. Si se realizan unos gastos de iniciación sustanciales al

establecer el sistema de inscripción, deberán recuperarse a lo largo de un período prolongado, a fin de que los honorarios sean los más bajos posibles. En definitiva, será el deudor quien soporte la carga de esos honorarios.

40. Actualmente hay muchos métodos de pago tecnológicamente viables y, para garantizar la simplicidad y flexibilidad, deben ofrecerse tantas alternativas como sea posible, que irán desde cuentas previamente establecidas (con depósitos prepagados), mantenidas por los usuarios frecuentes, hasta la posibilidad de utilizar tarjetas de crédito o de débito o alguna forma de transferencia electrónica de fondos.

41. Desde el punto de vista del diseño del proceso, la estructura más sencilla puede consistir en percibir unos honorarios sólo en el momento de la inscripción inicial (dejando que las inscripciones ulteriores no devenguen otros honorarios). Esos honorarios únicos pueden determinarse dividiendo el presupuesto de funcionamiento previsto para el sistema por el número previsto de inscripciones iniciales. Aunque este método desplaza algunos costos hacia los otorgantes cuyas inscripciones son menos intensivas (por ejemplo, sin modificaciones) que las de aquellos cuyas circunstancias suponen inscripciones posteriores a la inicial, la sencillez general para los usuarios del sistema y para la oficina de inscripción (y la ventaja del pronto cobro) apoyan la adopción de este método. Muchos de los sistemas existentes prevén ya esta característica en cierta medida, al no exigir honorarios para la inscripción de anotación de extinciones (lo que favorece también esta inscripción). No es necesario unos honorarios de consulta si el sistema prevé el acceso a la base de datos por Internet u otro acceso remoto similar para hacer una consulta independiente (que no requerirá ningún servicio especial de la oficina de inscripción, aunque habrá algunos gastos de mantenimiento general del sistema). En un sistema que permitiera el acceso remoto para consultar el índice y la base de datos gratuitamente, se podrían percibir honorarios por certificar o hacer copias de elementos de la base de datos.

d) Explotador público o privado

42. La renuencia a aumentar la burocracia gubernamental no debe ser motivo para rechazar la idea de un sistema de inscripción que sea parte de un régimen de garantías sobre bienes muebles. Como la función de quien esté a cargo del sistema será limitada, éste no tendrá que ser administrado por una entidad gubernamental. Sin embargo, cada ordenamiento debería prever un método de supervisar y controlar a quien administre el sistema, y permitir a los usuarios solicitar el examen de la conducta o la inactividad (tanto judicial o administrativa como una combinación de ambas) de la oficina de inscripción. La metodología de examen debe ser accesible y rápida. Si en el ordenamiento existe ya una metodología general efectiva de examen, la legislación sobre operaciones garantizadas no tendrá que ocuparse del tema.

e) Efecto del error en la inscripción y asignación del riesgo de pérdidas

43. Si el sistema es exclusivamente electrónico, habrá pocas posibilidades de errores de inscripción por parte de la oficina. Incluso en un sistema basado en el papel, la experiencia no ha revelado muchas pérdidas conocidas sufridas como consecuencia de esos errores. El sistema jurídico nacional quizá prevea ya, en

general, o la responsabilidad civil (o alguna clase de seguro obligatorio) o la inmunidad en caso de error de la oficina de inscripción.

44. En cualquier caso, sería conveniente que el régimen de derechos de garantía distribuyera claramente los riesgos entre los que inscriban y los que consulten, sobre una base de eficiencia. En la mayoría de los casos, esto significará proteger a quien inscriba a expensas del usuario ulterior, aunque la regla podrá mitigarse en algunos casos si se considera conveniente hacerlo. Por ejemplo, una norma podría prever que un error de indización no excluirá la efectividad de la inscripción. Este método sin embargo podría modificarse para prever que el error no hará la inscripción ineficaz sino que únicamente la subordinará a la de quien inscriba ulteriormente y pueda demostrar que consultó el registro y fue inducido a engaño por ese error de indización. La decisión de política consiste en distribuir los riesgos entre el primero que inscribe y el último. Así, una norma que imponga el riesgo de un error de indización a quien inscriba primero hará probablemente que en la práctica, todo el que inscriba realice una búsqueda de seguimiento. Esta práctica, sin embargo, recargará todas las inscripciones con gastos extraordinarios y demoras, y gravará el sistema con muchas búsquedas adicionales. El que ese método sea sensato dependerá en parte de las hipótesis que se formulen sobre la probable frecuencia tanto del error como de una financiación adicional ulterior. Es también, en parte, una cuestión que influye en la eficiencia del sistema, en el sentido de que la decisión podría verse afectada por la disponibilidad de recursos contra la oficina de inscripción. En muchos ordenamientos, la oficina de inscripción goza de inmunidad soberana, mientras que en otros existe un recurso en caso de error oficial.

f) Prueba del contenido de la base de datos

45. La prueba del contenido de la base de datos es una cuestión que corresponde al derecho de la prueba. Una norma al respecto podría ser útil en algunos ordenamientos.

g) Sistemas alternativos

46. Entre los sistemas alternativos se encuentran sistemas especiales para tierras, vehículos de motor, vehículos aéreos y marítimos, y algunos tipos de propiedad intelectual. Los sistemas de inscripción específicos para estos tipos de bienes se orientan principalmente a garantizar la propiedad y pueden no ser muy apropiados para las necesidades de la financiación moderna (véase un examen de la coordinación entre registros en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párrs. 41 a 43).

h) Cuestiones especiales en un Estado federal

47. Aunque es probable que un Estado de multitud de subdivisiones se enfrente con problemas políticos especiales y con elecciones especiales en las cuestiones jurídicas, muchas de ellas pueden hacerse considerablemente menos importantes por medio de la tecnología, especialmente si el sistema de inscripción puede ofrecer un índice y una base de datos unificados (tanto si hay una sola oficina de inscripción como si hay oficinas de inscripción múltiples).

i) Ausencia de discriminación

48. El sistema debe ser accesible tanto a los acreedores nacionales como a los extranjeros y tanto con fines de inscripción como de consulta. De esa forma, las fuentes de crédito se ampliarán e incluirán a las instituciones de créditos extranjeras.

B. Resumen y recomendaciones

49. Un sistema de inscripción de notificaciones, en comparación con un sistema de inscripción de documentos, resulta más apropiado para un régimen de derechos de garantía. Por razones de eficiencia y ahorro de costos, la información exigida podría limitarse a la identificación del deudor, la identificación del acreedor garantizado y una descripción de los bienes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Sobre la cuestión de incluir o no una suma máxima en la notificación, la inscripción previa y los tipos de otorgantes comprendidos, véase la nota para el Grupo de Trabajo que figura al final del capítulo V en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5.*]

50. No se recomienda exigir la firma para la suficiencia legal de una notificación, ya que ello aumenta las obligaciones de las partes y los gastos administrativos. Una notificación inscrita que no haya sido autorizada por el otorgante debería carecer de efectos legales. Pueden introducirse otras medidas destinadas a proteger al otorgante, con mayor costo para el régimen de créditos garantizados.

51. Una gran parte de los bienes que quedarán comprendidos en un régimen general de derechos de garantía no pueden describirse individualmente. Ello significa que no será posible utilizar las descripciones de los bienes como base para un índice en un sistema general de inscripción de derechos de garantía que comprenda los bienes muebles. En cambio, el sistema podrá indizarse por el nombre del otorgante, un número de identificación asignado al otorgante o una combinación de ambos. Esto pude modificarse en el caso de algunos tipos de bienes que pueden ser identificados individualmente.

52. Se recomienda mucho un sistema basado en la inscripción electrónica, por razones de eficiencia, facilidad de uso y mejor acceso. Esas ventajas se aplican por igual a quienes inscriban, consulten el registro o lo administren.

53. Pueden adoptarse diferentes métodos en cuanto al período de eficacia de una notificación inscrita. El período puede ser de duración ilimitada, terminada sólo por la inscripción autorizada de una extinción; puede ser un período determinado (incluida el infinito), elegido inicialmente por quien realice la inscripción, con sujeción a ampliación mediante la inscripción de una prórroga; o puede ser un plazo legal fijo, sujeto también a ampliación mediante la inscripción de una prórroga. La certidumbre de las condiciones de eficacia es un aspecto importante, lo mismo que su terminación. El régimen debería ocuparse del procedimiento de extinción y ofrecer recursos para el caso de una conducta ilegítima. Debería prever también procedimientos para prorrogar o hacer cualquier enmienda en la notificación.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si deberían establecerse registros internacionales, como parte del régimen previsto*

en la Guía y, en caso afirmativo, examinar la cuestión de la coordinación entre los registros nacionales y los internacionales. En su examen, tal vez desee el Grupo de Trabajo tener en cuenta los registros internacionales previstos en diversos tratados, como el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (anexo facultativo).]

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-71	939
VII. Prelación	1-71	939
A. Observaciones generales	1-63	939
1. El concepto de prelación y su importancia	1-5	939
2. Orden de prelación	6-15	940
a) Orden de prelación basado en la fecha de inscripción	6-10	940
b) Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado	11-13	941
c) Otras reglas de prelación	14-15	942
3. Categorías de acreedores concurrentes	16-45	942
a) Otros acreedores garantizados por vía contractual	16	942
b) Acreedores no garantizados	17-18	943
c) Vendedores de bienes gravados	19-25	943
d) Compradores de bienes gravados	26-32	945
e) Acreedores por resolución judicial cautelar o ejecutoria	33-37	946
f) Acreedores legales (privilegiados)	38-39	948
g) Acreedores que almacenan bienes gravados o les añaden valor	40-42	948
h) Administrador de la insolvencia	43-45	949
4. Prelación respecto de futuros anticipos y bienes adquiridos ulteriormente	46-50	950
a) Futuros anticipos	46-48	950
b) Bienes adquiridos ulteriormente	49-50	950
5. Prelación en cuanto al producto	51-59	951
6. Modificación voluntaria de la prelación: acuerdos de subordinación	60-61	953
7. Importancia de la prelación anterior a la ejecución	62-63	953
B. Resumen y recomendaciones	64-71	953

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

VII. Prelación

A. Observaciones generales

1. El concepto de prelación y su importancia

1. El concepto de "garantía real" que se utiliza en la presente Guía designa un derecho real (o sea, un derecho constituido directamente sobre bienes o cosas, a favor de un acreedor, por el que se garantiza el pago o algún otro cumplimiento de una obligación determinada). Por su parte, el término "prelación" se refiere a la medida en que el acreedor pueda cobrar el producto económico de su garantía real con preferencia al derecho que otras partes traten de hacer valer sobre el bien o bienes constituidos en garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, párr. 9, definición de "prelación"). Como se explica más adelante, los demás acreedores tal vez sean titulares de una garantía real contractual sobre los bienes, tenedores de títulos de deuda no garantizada, el vendedor o el comprador de los bienes, titulares de garantías reales no contractuales sobre los bienes (p. ej., de garantías reales creadas por vía judicial o por imperio de la ley) y el administrador de la insolvencia del otorgante.

2. El reconocimiento de cierto orden de prelación es el supuesto básico de todo régimen jurídico eficaz de las garantías reales. Si bien se ha cuestionado el principio de que se conceda prelación a un acreedor frente a otro, está ampliamente reconocido que cierta prelación es necesaria para fomentar la oferta de financiación garantizada a un costo que sea asequible para las empresas. Además, un orden de prelación claro cuyo resultado sea previsible permite que los acreedores, incluso a aquéllos cuyos créditos no están garantizados, determinen cuál será su situación si deciden otorgar crédito, y adoptar toda medida que proceda para proteger su crédito, si es que lo otorgan.

3. Un acreedor habitualmente otorga crédito en función del valor de un bien en particular, sólo si puede determinar con la debida certeza en el momento de hacerlo cuál es la prelación de que gozará frente a su garantía real todo otro crédito sobre dicho bien. El factor crítico para el acreedor que efectúa este análisis es la prelación que le corresponderá a su garantía en el supuesto de que el otorgante se declare insolvente, en particular cuando el bien o los bienes gravados sean la principal o única fuente de reembolso del crédito. Si en el momento de sopesar si otorgará o no crédito, el acreedor alberga dudas respecto de la firmeza de su prelación, los bienes gravados le merecerán menos confianza. Esta incertidumbre conllevará, como mínimo, una elevación del costo del crédito en función del menor valor que el acreedor asignará a los bienes gravados y tal vez induzca al acreedor a negarse por completo a otorgar crédito.

4. Para disminuir la incertidumbre, es importante que el derecho de los créditos garantizados contenga reglas de prelación claras, cuyo resultado sea previsible. La existencia de tales reglas, complementadas por alguna vía eficiente para determinar con certeza la prelación en el momento de otorgar el crédito, tal vez sea más importante para el acreedor que las particularidades del orden de prelación en sí. Un

acreedor aceptará con frecuencia la prelación frente a él de algún acreedor, siempre que él pueda determinar con la debida certeza que en última instancia podrá cobrar una porción suficiente del valor de los bienes gravados en pago de su préstamo, en un supuesto de impago por el otorgante. Por ejemplo, un acreedor puede estar dispuesto a conceder préstamos a un otorgante en función del valor de las existencias actuales y futuras que éste posea, aun cuando esos bienes se hayan constituido en garantía a favor de la parte que vendió las existencias al otorgante o de la parte que las almacenó en su nombre, siempre y cuando el acreedor pueda determinar que, aun después de pagarse esas garantías, podrá venderse o disponerse de alguna otra forma del resto de las existencias, por una cuantía suficiente para reembolsar íntegramente su crédito garantizado.

5. Es importante destacar que, independientemente del orden de prelación imperante en un ordenamiento determinado, ese orden sólo tendrá importancia en la medida en que sea declarado aplicable por las reglas de conflictos de leyes del foro competente. Esta cuestión se examina en el capítulo XI.

2. Orden de prelación

a) Orden de prelación basado en la fecha de inscripción

6. Como se explicó anteriormente (véanse los párrafos 2 a 4), a fin de fomentar la disponibilidad de financiación garantizada a un costo que sea asequible, cabe instituir un régimen de prelación que permita a los acreedores determinar con la debida certeza en el momento de otorgar crédito el orden de prelación que les corresponderá. Según se explica en los capítulos V y VI, la forma más eficaz de dar certeza es que la prelación se base en algún régimen de inscripción pública de las garantías reales.

7. En la mayoría de los ordenamientos que disponen de un registro público fiable, la prelación se determina por el orden de inscripción ("prelación basada en la fecha de inscripción"). En ciertos supuestos, este orden surtirá efecto, aun cuando no se hayan satisfecho todos los requisitos para la constitución de la garantía real, desde el momento de efectuarse la inscripción, lo cual libra al acreedor de tener que volver a consultar dicho registro, tras haber cumplido plenamente los requisitos. De este modo, el acreedor tendrá la certeza de que, una vez efectuada la inscripción registral de su garantía real, ningún otro derecho que se inscriba tendrá prelación sobre su garantía, salvo las contadas excepciones que se examinan en la sección A.3 *infra*. Gracias a esta certeza, los acreedores pueden determinar con gran confianza el orden de prelación del que gozarán y, como consecuencia, se reduce el riesgo de los créditos que otorgarán. Otros acreedores también se benefician, puesto que la inscripción registral sirve de aviso de la existencia de una garantía real, o de su posible creación, lo que le permite adoptar medidas para protegerse. El orden de prelación basado en la fecha de inscripción no se aplica en determinados supuestos (p. ej., para las garantías reales constituidas sobre bienes cuyo precio de compra se financia (véase la sección A.3.c. *infra*, o para los acreedores que gozan de algún privilegio legal, véase la sección A.3.f. *infra*).

8. El orden de prelación basado en la fecha de inscripción puede verse ilustrado en los ejemplos 2 y 3 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párrs. 10 y 13). En estos ejemplos, tanto el Prestamista B como el Prestamista C gozan de una garantía real

sobre los créditos por cobrar y las existencias inventariadas que obren en poder de Agrico o que pasen ulteriormente a sus manos. Con arreglo al orden de prelación basado en la fecha de inscripción, la garantía real del prestamista que haya efectuado antes su inscripción registral gozará de prelación sobre la garantía real del otro prestamista, independientemente de la fecha en que cada uno de ellos obtuvo su garantía.

9. Algunos ordenamientos prevén que, siempre que la inscripción se haga dentro de un "plazo de gracia" posterior a la fecha de constitución de la garantía real, la prelación se basará en esta fecha y no en la fecha de inscripción. Por consiguiente, una garantía real que se cree antes pero se inscriba después, podrá tener prelación aun sobre una garantía real cuya constitución sea posterior pero se inscriba antes, siempre y cuando la inscripción del primer derecho se haga dentro del plazo de gracia aplicable. Por consiguiente, la fecha de inscripción no es un indicio certero de la prelación del acreedor hasta que no haya expirado el plazo de gracia, lo cual puede causar gran incertidumbre. En los ordenamientos que no reconocen ese plazo de gracia, los acreedores no se ven perjudicados, puesto que siempre tienen la posibilidad de protegerse efectuando oportunamente su inscripción.

10. En principio, el orden de prelación basado en la fecha de inscripción debería ser aplicable aun cuando el acreedor obtenga una garantía real sabiendo que se ha constituido otra que todavía no se ha inscrito. Todo condicionamiento de la inscripción al conocimiento efectivo que los interesados hayan tenido de ciertos hechos exigirá una investigación de esos hechos y haría impugnable la inscripción, creando un nuevo motivo de litigación y un incentivo para impugnar la inscripción. Todo esto restaría certeza al orden de prelación de los acreedores y socavaría la eficiencia y eficacia del sistema. Al igual que se dijo respecto de la denegación de un plazo de gracia, la aplicación de este criterio de prelación no perjudicará a los acreedores garantizados, que podrán protegerse efectuando oportunamente su inscripción registral.

b) Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado

11. Como se señaló en los capítulos III y IV (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, párrs. 5 a 14, y Add.4, párrs. 2 y 52 a 54), la garantía real con desplazamiento de la posesión ha sido un componente tradicional importante del derecho del préstamo garantizado en la mayoría de los ordenamientos y deberá tenerse presente al definir el orden de prelación. En reconocimiento de este hecho, algunos ordenamientos, cuyo orden de prelación está basado en la fecha de inscripción, han previsto que la prelación pueda también basarse en la fecha en que el acreedor obtenga su garantía real con desplazamiento o el control del bien gravado, sin que medie ningún requisito de inscripción. En estos ordenamientos, la prelación corresponderá en general al acreedor que inscriba antes su garantía real sin desplazamiento, o al acreedor que adquiera antes su garantía real por entrega de la posesión o del control del bien gravado, si es éste el que se adelanta.

12. Cuando la prelación pueda establecerse tanto por la fecha de entrega de la posesión o del control del bien gravado como por la fecha de inscripción, cabe examinar si procede que una garantía real adquirida por entrega de la posesión o del control del bien gravado tenga prelación en algún supuesto sobre una garantía real sin desplazamiento que se haya inscrito antes. Respecto de ciertas categorías de

bienes, los acreedores exigen con frecuencia la posesión o el control del bien o de los bienes gravados para impedir que el otorgante de la garantía infrinja su obligación de no enajenarlos. Por ejemplo, los acreedores suelen exigir la posesión o el control de ciertos instrumentos como los títulos bursátiles, así como de documentos de titularidad, como los recibos de almacén y los títulos negociables. Tratándose de estas categorías de bienes, tal vez proceda que una garantía real constituida por entrega de la posesión o del control del bien gravado goce siempre de prelación sobre una garantía sin desplazamiento, independientemente de la fecha de inscripción de esta última. Tratándose de otras categorías de bienes, tal vez proceda dar prelación al acreedor que inscriba antes su garantía real o que obtenga primero la posesión o el control del bien gravado, si éste se adelanta al otro.

13. El hecho de que haya distintos modos de establecer el orden de prelación (o sea, por control y posesión del bien o por inscripción de la garantía real) plantea la cuestión de si cabe permitir o no que un acreedor garantizado cuya prelación se haya determinado por uno de esos métodos pueda optar por otro sin perder la prelación de que gozaba originariamente respecto de los bienes gravados. En principio, no habría inconveniente, siempre que el control, la posesión o la inscripción se sucedan sin discontinuidad (es decir, que la prelación de la garantía real esté determinada en todo momento por uno u otro método).

c) Otras reglas de prelación

14. En algunos ordenamientos la prelación se determina por la fecha de constitución de la garantía real y no por su fecha de inscripción (un criterio distinto de anterioridad). Este sistema existe en algunos ordenamientos que prevén la garantía real sin desplazamiento pero carecen de un sistema de inscripción seguro, si es que disponen de alguno. En estos ordenamientos, un acreedor no puede confirmar de forma independiente si existe alguna garantía real concurrente por lo que tendrá que fiarse de las declaraciones contractuales del otorgante sobre su ausencia. Esta situación dificulta enormemente la concesión de créditos garantizados a un costo asequible.

15. En otros ordenamientos, cuando se trata de determinadas categorías de bienes, como los créditos por cobrar, la prelación se basa en la fecha en que se notifique la garantía real a terceros. Al igual que la modalidad descrita en el párrafo anterior, ésta tampoco favorece la práctica de la financiación garantizada a un costo asequible, por no permitir que el acreedor determine con la debida certeza al otorgar crédito si existen o no garantías reales concurrentes.

3. Categorías de acreedores concurrentes

a) Otros acreedores garantizados por vía contractual

16. Como se puntualizó anteriormente (véanse los párrs. 2 a 4), muchos ordenamientos permiten que el otorgante constituya más de una garantía real sobre los mismos bienes y determine la prelación relativa de los derechos así creados en función del orden de prelación (la fecha de inscripción u otro método) imperante en ese ordenamiento o conforme a lo que convengan los acreedores. Al permitirse la constitución de múltiples garantías sobre unos mismos bienes, el otorgante puede

aprovechar el valor inherente a determinados bienes para obtener crédito de más de una fuente, explotando así al máximo el potencial de captación de préstamos del bien o bienes gravados.

b) Acreedores no garantizados

17. El otorgante contrae a menudo deudas que no cuentan con el respaldo de una garantía real. Estos créditos ordinarios o sin garantía generalmente constituyen el grueso de las obligaciones pendientes de pago del otorgante.

18. Si bien algunos cuestionan la equidad de conceder prelación a los acreedores garantizados frente a los no garantizados, está probado que es necesario hacerlo para fomentar la oferta de crédito garantizado. Los acreedores no garantizados pueden adoptar medidas para proteger sus derechos, procurando, por ejemplo, informarse sobre la solvencia del deudor, obtener en ciertos casos una garantía real, o demandar de los tribunales la ejecución de su crédito o créditos (como se explica en la sección A.3.e. *infra*) en todo supuesto de impago. Además, la obtención de crédito garantizado aumenta el capital disponible del otorgante, lo que en muchos casos redunda en provecho de su negocio y, por ende, de los acreedores no garantizados, al hacer más probable el reembolso de la deuda sin garantía. Así pues, un rasgo esencial de todo régimen eficaz de los créditos garantizados ha de ser que los derechos de los acreedores garantizados, debidamente adquiridos, tengan prelación sobre los derechos de los titulares de créditos ordinarios no garantizados.

c) Vendedores de bienes gravados

i) Garantía real de la financiación del precio de compra

19. El otorgante suele conseguir sus bienes comprándolos. Si su compra se financia con un crédito otorgado por el vendedor o por un prestamista (“financiación del precio de compra”; véanse A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párrs. 2 a 4, y Add.3, párrs. 31 y 32) y si se constituye una garantía real sobre las mercancías así adquiridas, a favor del vendedor o de un prestamista, para respaldar la financiación del precio de compra, cabe considerar cuál debe ser la prelación de esa garantía frente a toda otra garantía real sobre esa misma mercancía de que goce algún otro acreedor.

20. En reconocimiento del hecho de que la financiación del precio de compra es un mecanismo eficaz para dotar a las empresas del capital necesario para adquirir determinadas mercancías, muchos ordenamientos jurídicos disponen que todo titular de una garantía constituida para financiar una compra tenga prelación frente a otros acreedores (incluidos los acreedores que hayan inscrito antes sus garantías reales) con respecto a las mercancías o bienes que se hayan adquirido gracias a esa financiación. Se trata de una excepción importante al orden de prelación basado en la fecha de inscripción que se examinó en la sección A.2.a. *supra*.

21. El hecho de que en este caso se asigne una prelación superior es importante para fomentar la oferta de financiación del precio de compra. Como se desprende de los ejemplos 2 y 3 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párrs. 10 y 13), es frecuente que las empresas constituyan garantías reales sobre la totalidad o parte de su equipo

y de sus existencias actuales y futuras a cambio de financiación a crédito. Si en tales casos no se da preferencia a la garantía del crédito negociado para financiar el precio de compra, poco podría confiar el financiero del precio de compra en su garantía real que gozaría de una prelación inferior a la de toda otra garantía real preexistente. En el ejemplo 1 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párrs. 4 a 7), el Vendedor A, el Prestamista A y el Arrendador A se mostrarían reacios a financiar el precio de compra si el orden de prelación de que gozaran sus garantías reales sobre las mercancías fuera inferior al de los otros derechos de garantía existentes del Prestamista B, en el ejemplo 2, y del Prestamista C, en el ejemplo 3.

22. No se considera en general que al darse mayor prelación a la garantía constituida para financiar la compra de bienes se esté perjudicando a los demás acreedores del otorgante, puesto que, en vez de disminuir el patrimonio (o sea, el activo neto o patrimonio neto) del otorgante, este tipo de financiación lo acrecienta permitiendo la adquisición de nuevos bienes como contraprestación de la financiación del precio de compra. Por ejemplo, las garantías reales de la financiación del precio de compra no menoscaban las garantías reales de los Prestamistas B y C, en los ejemplos 2 y 3, ya que éstos conservan su garantía real sobre los demás bienes gravados y, además, una garantía real de rango inmediatamente inferior sobre los nuevos bienes mercancías cuyo precio de compra se ha financiado ("garantía real de prelación inferior"). A fin de fomentar la oferta de créditos para financiar el precio de compra y de créditos garantizados ordinarios, es importante que la prelación superior que se asigna a la garantía de la financiación del precio de compra recaiga sólo sobre las mercancías que se adquieren mediante ese mecanismo y no a los demás bienes del otorgante.

23. A fin de evitar que otros acreedores depositen erróneamente su confianza en bienes gravados por una garantía de financiación de su precio de compra, es importante que los derechos de garantía adquiridos mediante ese mecanismo se inscriban en un registro público. Desde la óptica de todo acreedor concurrente, sería conveniente que se exigiera la inscripción de esa garantía real en el momento de su constitución. De este modo, todo acreedor podría consultar el registro público y determinar con certeza si uno o más de los bienes del patrimonio actual del otorgante estaba o no constituido en garantía de la financiación de su precio de compra.

24. Con todo, a fin de agilizar la financiación en los sectores de ventas en general y de arriendo financiero en particular, cabría establecer un plazo de gracia para la inscripción. Este plazo de gracia debería ser lo bastante largo como para que el requisito de inscripción no sea engorroso para los financieros, pero lo bastante breve como para que los demás acreedores garantizados no hayan de esperar demasiado para poder averiguar si existen garantías reales concurrentes. Además, quizá sea prudente exigir a los financieros del precio de compra de existencias inventariadas que den aviso de la constitución de su garantía real a los demás acreedores del otorgante que también sean titulares de garantías reales constituidas sobre esas existencias. Este requisito se justifica por el hecho de que no es probable que los acreedores, que conceden préstamos renovables en función del valor de las existencias actuales y futuras del otorgante, consulten el registro público cada vez que renueven su crédito.

ii) Reclamaciones para la devolución de mercancías

25. Podría pensarse también en la posibilidad de permitir que un proveedor que vende mercancías a crédito sin garantía reclame la devolución de esas mercancías al comprador dentro de cierto plazo, si descubre en su transcurso que el comprador es insolvente. Mientras el proveedor querrá que ese plazo sea lo más largo posible para proteger sus derechos, otros acreedores se mostrarán reacios a financiar la compra de bienes cuya devolución pueda reclamarse. Además, si el riesgo crediticio le preocupa de verdad, el proveedor podría insistir en que se le otorgue una garantía real sobre las mercancías que entrega a crédito. En resumen, si bien el derecho a reclamar la devolución es importante para los proveedores de mercancías entregadas a crédito sin garantía, el plazo de reclamación debe ser breve para no obstaculizar la concesión de préstamos en general. Además, para impedir que disminuya la disponibilidad de crédito garantizado, las reclamaciones de devolución de determinadas mercancías no deberían tener prelación sobre las garantías reales constituidas sobre las mismas mercancías que se hayan inscrito debidamente.

d) Compradores de bienes gravados

26. El otorgante también puede vender bienes que ya están gravados con garantías reales. En esta situación, al comprador le conviene recibir los bienes absolutamente libres de todo gravamen de ese tipo, mientras que al acreedor garantizado existente le interesa mantener su garantía real sobre los bienes vendidos. Es importante que al formularse la norma de prelación se tenga en cuenta los intereses de ambas partes.

i) Ventas ajenas al giro normal del negocio del otorgante

27. En el derecho interno de muchos países, toda venta de bienes gravados que sea ajena al giro normal del negocio del otorgante no extingue las garantías reales sobre esos bienes que tenga el acreedor garantizado, salvo que éste consienta en ello. Esos ordenamientos disponen que el acreedor garantizado puede ejecutar su garantía real contra los bienes en poder del comprador, si el otorgante no cumple con sus obligaciones. De no existir esa protección, los derechos del acreedor garantizado peligrarían cada vez que el otorgante vendiera sus bienes. Si así ocurriera, se depreciaría el valor como garantía de los bienes gravados y se desincentivaría por ende la oferta de crédito a un costo asequible.

28. Aun teniendo una garantía real sobre el producto de la venta de los bienes, el acreedor garantizado no gozaría necesariamente de protección suficiente, puesto que a menudo ese producto no es tan valioso para él como los bienes gravados en sí. En muchos casos, los bienes gravados podrán venderse a cambio de otros que sean de escaso o nulo valor para el acreedor. En otros, a éste le resultará difícil identificar el producto financiero de su venta y, en consecuencia, su derecho sobre él podría ser ilusorio. Existe también el riesgo de que el otorgante dilapide el producto de la venta y el acreedor se quede sin nada.

29. Siempre que se exija al acreedor que inscriba su garantía real en un registro público fidedigno y de fácil consulta, el comprador podrá protegerse verificando en él si los bienes que adquiere están sujetos o no a una garantía real, en cuyo caso podrá pedir al acreedor garantizado que levante ese gravamen. Cabría examinar si

conviene eximir de ese requisito a los bienes de bajo costo, puesto que tal vez no se justifiquen en este caso los gastos que esa verificación entrañaría para el comprador eventual. Cabe argumentar, en sentido contrario, que el acreedor garantizado quizá no trate de ejecutar su garantía sobre el bien en poder del comprador si el bien carece efectivamente de valor. Además, la determinación de los bienes que merecen ser eximidos por su bajo costo desembocaría en categorizaciones arbitrarias que tendrían que modificarse constantemente para adecuarlas a las fluctuaciones de precios debidas a la inflación y otros factores. Por consiguiente, lo más conveniente sería no prever tal exención.

30. En algunos países en que la búsqueda en un registro público se hace sólo por el nombre del otorgante y no por la categoría de los bienes gravados, un comprador que adquiera los bienes de un vendedor que los compró previamente del otorgante ("comprador remoto") obtendrá los bienes libres de toda garantía real constituida por ese otorgante remoto. Este criterio se aplica porque puede ser sumamente difícil para un comprador remoto averiguar la existencia de una garantía real que haya otorgado un antiguo propietario de los bienes gravados. En muchos casos, el comprador remoto ni siquiera se enterará de que los bienes han pertenecido a otro propietario y, por consiguiente, no tendrá motivo alguno para buscar información al respecto.

ii) Ventas efectuadas como parte del giro normal del negocio del otorgante

31. Por lo general se exime de la regla examinada en la sección A.3.d.i. *supra* a los bienes inventariados que se venden como parte del giro normal del negocio del otorgante. En este caso, se da por sentado que el otorgante venderá estos bienes (y, de hecho, ha de venderlos para mantener la viabilidad de su empresa) y que el comprador de los bienes gravados los adquirirá libres de toda garantía real existente. Sin tal exención, la capacidad del otorgante para vender esos bienes en su giro comercial normal se vería restringida sobremanera, puesto que los compradores se verían obligados a investigar todo gravamen que pueda pesar sobre los bienes antes de adquirirlos. Ello acarrearía muchos gastos y obstaculizaría considerablemente las operaciones que forman parte del giro ordinario de los negocios.

32. Por consiguiente, en muchos ordenamientos se hace una excepción a la regla general, de permanencia de toda garantía real a favor de los compradores de bienes gravados, cuando la venta se realice en el giro normal del negocio y cuando los bienes vendidos formen parte de las existencias del otorgante. A fin de fomentar ese giro normal del negocio, muchos ordenamientos establecen que los compradores en esas operaciones han de obtener los bienes libres de toda garantía real, aun cuando el comprador actúe a sabiendas de la existencia de dicha garantía. No obstante, en algunos ordenamientos la excepción no se aplica cuando el comprador sabe de antemano que la venta ha entrañado el quebrantamiento de un acuerdo entre el vendedor y su acreedor, por el que se disponga que los bienes no se venderán sin el consentimiento del acreedor.

e) Acreedores por resolución judicial cautelar o ejecutoria

33. En muchos ordenamientos se otorga una garantía real a ciertas categorías de acreedores que se estima ser merecedores de la misma. En particular, en muchos de

ellos se otorga esa garantía a los acreedores ordinarios no garantizados, una vez que han presentado su demanda ante los tribunales y han conseguido que se embarguen determinados bienes.

34. En esa situación, a un acreedor existente que goce de una garantía real contractual anterior constituida sobre determinados bienes le convendrá que esa garantía conserve su prelación sobre la garantía real creada por vía judicial, en particular si se trata de bienes cuyo valor de garantía motivó su decisión de otorgar crédito. Al acreedor judicial, por su parte, le interesa obtener prelación sobre bienes que tengan valor suficiente para reembolsar su crédito.

35. Muchos ordenamientos cuyo orden de prelación se basa en la fecha de inscripción determinan la prelación en este supuesto por la prioridad temporal de la garantía real, o sea, que una garantía real contractual que se haya inscrito antes tendrá prelación sobre toda garantía real sobre los mismos bienes que nazca posteriormente por mandato judicial. De forma inversa, si se constituye una garantía real contractual sobre los bienes después de que un acreedor haya obtenido algún tipo de garantía real por mandato judicial, la primera garantía gozará de prelación inferior a la de la segunda. Los acreedores aceptan en general la aplicación de este criterio, siempre que se dé a conocer oportunamente la garantía real creada por un tribunal, a fin de que esa información sea utilizable al decidir si otorgarán o no crédito. Para ello, convendría examinar si procede extender a las garantías reales creadas por mandato judicial la obligación general de inscripción pública de las demás garantías reales, integrándolas así en el régimen de prelación basado en la fecha de inscripción.

36. En general se hace una excepción a esta regla cuando se trata de futuros anticipos (el tema se examina con detenimiento en la sección A.4.a) *infra*). Si bien una garantía real que se ha inscrito antes suele gozar de prelación sobre una garantía real impuesta por mandato judicial respecto de un crédito que se otorga antes de la fecha en que surta efecto ese mandato, generalmente no tendrá prelación sobre ésta respecto de todo crédito otorgado después de dicha fecha (salvo que el crédito esté ya comprometido antes de la fecha en que surta efecto el mandato). Así, en el ejemplo 2 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párr. 10), el Prestamista B otorga crédito periódicamente a Agrico, que lo garantiza con sus existencias y créditos por cobrar. Si un acreedor no garantizado demanda a Agrico y obtiene un mandato por el que se constituye una garantía real sobre las existencias de Agrico a favor de dicho acreedor, la garantía real sobre las existencias de Agrico del Prestamista B tendría prelación sobre la garantía real nacida de dicho mandato respecto de todo crédito que el Prestamista B haya otorgado antes de la fecha en que surta efecto el mandato y durante un cierto plazo ulterior preestablecido. Ahora bien, la garantía real de origen judicial tendría prelación sobre todo otro crédito que otorgue el Prestamista B después del plazo establecido (siempre y cuando éste no haya comprometido ese crédito antes de la fecha en que surta efecto el mandato).

37. A fin de proteger a todo acreedor garantizado existente contra el riesgo de seguir otorgando anticipos en función del valor de unos bienes que hayan quedado sujetos a una garantía real constituida por vía judicial, tal vez proceda instituir algún tipo de mecanismo que permita ponerlos sobre aviso de esa situación. La obligación de inscribir las garantías reales en un registro cumple esa función en todos aquellos ordenamientos que disponen de esta institución. Donde no exista un registro o no esté prevista la inscripción registral de las garantías reales constituidas por vía

judicial, tal vez sea necesario exigir del acreedor garantizado por vía judicial que dé aviso oportuno a todo acreedor garantizado existente. Cabría disponer, además, que éste seguirá gozando de prelación (por un cierto plazo quizá de 45 a 60 días) tras la inscripción de la garantía real constituida por vía judicial (o tras la notificación dada al acreedor), a fin de que pueda adoptar las medidas que procedan para proteger su garantía. Cuanto menos margen se dé a un acreedor garantizado existente para responder adecuadamente a la imposición de garantías reales por vía judicial y cuanto menor publicidad se dé a esas garantías, tanto más dificultará, el riesgo de su existencia, la oferta de crédito para el desembolso de futuros anticipos.

f) Acreedores legales (privilegiados)

38. Con el propósito de alcanzar objetivos de interés social o público, en muchos derechos internos se da prelación a determinados créditos no garantizados sobre otros créditos del mismo tipo y, en algunos supuestos, sobre créditos con garantía (incluso de créditos garantizados que se han inscrito antes en un registro). Por ejemplo, es frecuente que, para proteger los intereses de entidades públicas y de los empleados, los créditos por deudas fiscales y por salarios o sueldos adeudados gocen de prelación en algún momento sobre las garantías reales ya existentes. Como los objetivos sociales o de interés público difieren de un país a otro, también varían los créditos privilegiados y la prelación de que gozan.

39. La razón aducida a favor de estos créditos privilegiados es la de que están al servicio de un objetivo social; su inconveniente radica en que puedan llegar a multiplicarse hasta tal punto que la situación se torne imprevisible para los acreedores, existentes y eventuales, lo cual privaría de todo incentivo a la oferta de crédito garantizado a un precio asequible. A fin de no desalentar esta práctica financiera, cuya oferta asequible también constituye un objetivo social, habrá que sopesar detenidamente los distintos objetivos sociales al decidir si se instituirá o no un crédito privilegiado. Sólo debe otorgarse ese privilegio cuando sea el único medio de salvaguardar el objetivo social subyacente y en la medida en que su incidencia en la oferta de crédito a precio asequible no sea netamente perjudicial. Si se opta por instituirlos, la ley que los rija ha de ser lo bastante clara como para permitir al acreedor calcular el importe posible de los créditos privilegiados y su incidencia a fin de protegerse.

g) Acreedores que almacenan bienes gravados o les añaden valor

40. Algunos ordenamientos conceden una garantía real sobre los bienes gravados a los acreedores que los mejoran o reparan, por ejemplo, a los reparadores de equipo, y esas garantías generalmente gozan de prelación frente a otros créditos garantizados por esos mismos bienes. La doble ventaja de esta prelación es que induce a los acreedores que añaden valor a seguir haciéndolo y que facilita el mantenimiento de los bienes gravados. Con tal de que el importe de la garantía real sea justo reflejo de la cuantía por la que se han apreciado los bienes gravados, los acreedores garantizados existentes no deberían tener motivo para objetar nada a esa garantía real ni a la prelación superior de la que gozan.

41. Algunos ordenamientos también disponen que se constituyan garantías reales sobre los bienes gravados a favor de los acreedores que los almacenan, como

depositarios y guardalmacenes, en respaldo de sus obligaciones de alquiler de espacio o de almacenamiento, y generalmente prevén que esas garantías gozarán de prelación sobre otros créditos garantizados por esos mismos bienes.

42. Muchos ordenamientos no requieren la inscripción de las garantías reales descritas en los dos párrafos anteriores, de modo que su existencia saldrá a luz únicamente si un posible acreedor procede con la diligencia debida. Ello explica que a menudo se las denomine "secretas". Si bien las garantías reales secretas tienen la ventaja de proteger los derechos de las partes a las que se conceden sin que éstas tengan que costear los gastos de inscripción, esas garantías suponen un notable riesgo para la oferta de crédito garantizado, habida cuenta de que disminuyen la capacidad de los acreedores para determinar la cuantía o importancia de las garantías reales concurrentes. Como se señaló en los capítulos V y VI, cabría exigir que se inscribieran esas garantías reales en el registro correspondiente.

h) Administrador de la insolvencia

43. Es particularmente importante que un acreedor garantizado pueda determinar de qué prelación gozará en el supuesto de que el otorgante se declare o sea declarado insolvente, puesto que lo más probable es que la masa de la insolvencia no alcance para pagar a todos los acreedores y que los bienes gravados sean la fuente principal o única de reembolso del préstamo del acreedor garantizado. A ello obedece que, al evaluar si otorgarán crédito y la prelación de su garantía, los acreedores garantizados presten atención a la prelación de que gozará su garantía real, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante. Por consiguiente, es esencial que no se reduzca ni menoscabe la prelación de una garantía real debidamente constituida, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante, punto sobre el que habrá que hacer particular hincapié al elaborar un régimen eficaz aplicable a las operaciones garantizadas. En la medida en que éste no resuelva ese punto con claridad, se minará gravemente la disposición de los acreedores a otorgar crédito garantizado.

44. A fin de recompensar cabalmente la labor de los administradores en los procedimientos de insolvencia, generalmente se les otorga un crédito privilegiado sobre la masa de la insolvencia. Siempre que sea posible determinar con antelación y la debida certeza el importe de esos créditos privilegiados, los acreedores garantizados no tendrán motivo en general para objetarlos, ya que podrán adoptar medidas con anticipación para protegerse. No obstante, cuanto mayor sean la probabilidad de que haya muchos créditos privilegiados, tanto menor será el valor que el acreedor garantizado eventual atribuirá a los bienes gravados.

45. Como se examina con más detenimiento en el capítulo X, muchos regímenes de la insolvencia facultan al administrador para impugnar, dentro de un cierto plazo, la validez o prelación de las garantías reales contractuales, aduciendo factores como la falta de una contraprestación adecuada para el otorgante, la conducta dolosa del acreedor o el hecho de que la garantía real se haya constituido en violación de la ley. Cabe hacer hincapié en que todo régimen eficiente de las garantías reales debe ser compatible con el régimen de la insolvencia aplicable, de manera que todo acreedor eventual pueda estructurar adecuadamente sus operaciones de crédito, a la luz de dicho régimen, a fin de salvaguardar la eficacia y prelación de su garantía real en el supuesto de la insolvencia del otorgante.

4. Prelación respecto de futuros anticipos y bienes adquiridos ulteriormente

a) Futuros anticipos

46. Un acreedor garantizado ha de poder determinar la porción exacta de su crédito que gozará de prelación. Algunos ordenamientos limitan esa prelación a la cuantía de la deuda existente en el momento de constituirse la garantía real. Otros ordenamientos exigen que el importe máximo del crédito que gozará de prelación sea de conocimiento público. En algunos otros ordenamientos se da prelación a toda ampliación del crédito otorgado, incluso a las que se concedan después de la constitución de la garantía real.

47. La ventaja de limitar la prelación al importe de la deuda que existía al principio, en el momento de constituirse la garantía real, radica en que la prelación recae sobre la cuantía que las partes habían previsto en dicho momento y en que sólo se ampara esa prelación frente a los acreedores que existían a la sazón. El inconveniente de aplicar este criterio es que obliga a extremar la diligencia debida (por ejemplo, la verificación de nuevas inscripciones) y a negociar otros acuerdos e inscripciones para los anticipos que se concedan ulteriormente. Esto es particularmente problemático si se piensa que una de las técnicas más eficaces para facilitar financiación garantizada, y la que mejor responde a las necesidades crediticias del otorgante, es la línea de crédito renovable o rotatorio (véase el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párrs. 8 a 10, y Add.4, párr. 10). Por consiguiente, cabría examinar la posibilidad de conceder a los futuros anticipos la misma prelación de que gozan los anticipos otorgados en el momento en que se constituyó la garantía real inicial.

48. A fin de evitar que todos los bienes del otorgante queden gravados en provecho de un único acreedor, práctica que disminuiría el interés de los acreedores ulteriores en facilitar financiación al otorgante, muchos ordenamientos requieren que en la inscripción registral de toda garantía real de una deuda se fije el importe máximo por ella garantizado y limitar la prelación otorgada a dicho importe (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, párrs. 11 y 12). Para no obstaculizar el otorgamiento de créditos renovables o rotatorios, como se puntualizó anteriormente (véase el párrafo 47), o todo otro tipo análogo de financiación, tal vez convenga no limitar el importe al que se aplicará la prelación otorgada respecto del desembolso de futuros anticipos.

b) Bienes adquiridos ulteriormente

49. Como se examina detenidamente en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párrs. 19 a 23), algunos ordenamientos permiten que un otorgante constituya una garantía real sobre los bienes que vaya a adquirir en el futuro. La garantía real nacerá en el instante en que el otorgante adquiera dichos bienes, obviando así la necesidad de tener que repetir los trámites cada vez que adquiera un nuevo bien. Gracias a ello se reducen al mínimo los gastos de constitución de una garantía real y se responde a las expectativas comerciales de las partes. Esto es particularmente importante cuando, en el giro normal del negocio del otorgante, se adquieren bienes destinados a constituir existencias, que se

revenderán, nacen créditos por cobrar, que se irán cobrando y seguirán naciendo constantemente (véase el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párrs. 8 a 10), y se utiliza equipo, que se irá renovando.

50. La constitución de garantías reales sobre bienes adquiridos ulteriormente plantea la cuestión de si la prelación sobre ellos surte efecto a partir de la fecha en que se crea la garantía o de la fecha en que el otorgante adquiere los bienes. Los distintos ordenamientos resuelven esta cuestión de diversa manera. En algunos ordenamientos la fecha en que surte efecto la prelación varía en función de la categoría de acreedor que aspira a ella (se tendrá en cuenta la fecha de concesión de la garantía frente a los demás acreedores con garantías reales contractuales y la fecha de adquisición del bien constituido en garantía frente a todos los demás acreedores). Cualquiera que sea la regla aplicable, es importante que sea clara para que los acreedores puedan proteger sus créditos según proceda.

5. Prelación en cuanto al producto

51. Si el acreedor goza de una garantía real sobre el producto del bien inicialmente gravado, habrá que dirimir el fundamento y la prelación de esa garantía frente a los demás acreedores concurrentes. Además de los ya enumerados, entre los acreedores dotados de una garantía real sobre el producto puede figurar todo acreedor del deudor que obtenga una garantía real sobre el producto a resultas de una resolución judicial cautelar o ejecutoria y todo otro acreedor que goce por algún otro motivo de una garantía real sobre el producto.

52. Hay dos maneras de constituir una garantía real sobre el producto. El deudor puede haber concedido una garantía real sobre el producto al acreedor garantizado concurrente después de haber cobrado dicho el producto; o el producto forma parte de una categoría de bienes sobre los que pesaba con anterioridad una garantía real a favor del acreedor garantizado concurrente que grava todo bien adquirido ulteriormente o que sea fruto del bien o bienes inicialmente gravados. Supóngase que el acreedor A tiene una garantía real sobre todas las existencias del deudor y el acreedor B tiene una garantía real sobre todos los créditos por cobrar del deudor (incluidos los créditos futuros). Supóngase además que el deudor vende posteriormente a crédito las existencias constituidas en garantía a favor del acreedor A. Los créditos por cobrar que generará la venta son, a la vez, producto de la venta de los bienes gravados del acreedor A y bienes constituidos en garantía a favor del acreedor B.

53. Todo régimen de las garantías reales debe resolver diversas cuestiones relativas al crédito del acreedor garantizado frente al de cada uno de los acreedores concurrentes anteriormente mencionados. La primera es la de si el derecho del acreedor garantizado sobre el producto del bien inicialmente gravado surtirá efecto no sólo frente al otorgante, sino también frente a los demás acreedores concurrentes. La solución debe ser afirmativa, al menos en algunas circunstancias; de lo contrario, el valor de los bienes gravados sería ilusorio en gran parte. Las garantías reales sólo son fuente de seguridad económica (y por ende favorecen el acceso al crédito a un costo más asequible) si el acreedor garantizado queda facultado para destinar el valor de los bienes gravados al reembolso de su crédito, con anterioridad al reembolso de los créditos de los acreedores concurrentes.

54. No obstante, debe reconocerse que la constitución de una garantía real sobre el producto suscita mucha preocupación por el riesgo que puede conllevar para terceros. En particular, tal vez se deduzca que, si se ha de dar publicidad a las garantías reales constituidas sobre determinados bienes a fin de que surtan efecto frente a terceros, sería apropiado imponer un requisito análogo para toda garantía real constituida sobre el producto.

55. Por consiguiente, todo régimen jurídico debe dilucidar cuándo bastará la publicidad dada a la garantía real sobre el bien inicialmente gravado para dar a conocer la garantía real del acreedor sobre el producto. De exigirse que se dé publicidad por otro medio para esta última garantía, cabría que el régimen jurídico señalara un plazo, tras la operación que haya generado el producto, durante el cual el acreedor podrá cumplir ese requisito de publicidad sin perder su garantía real sobre el producto.

56. Si bien es muy importante determinar si se exigirá o no un nuevo acto de publicidad para que la garantía del acreedor sobre el producto surta efecto frente a terceros, ello no bastará para determinar el orden de prelación entre las garantías de los acreedores sobre el producto. Se necesitará, en particular, un régimen de prelación que determine la prelación relativa de que gozará la garantía real del acreedor garantizado inicial.

57. El orden de prelación puede diferir en función de la categoría del acreedor concurrente. Por ejemplo, si se trata de otro acreedor garantizado, la eficacia de cuya garantía dependa también de la publicidad, el orden de prelación de las garantías reales de esos dos acreedores garantizados tal vez dependa de la índole y la fecha de la publicidad. La prelación podrá depender de otros factores cuando el acreedor concurrente goce de una garantía otorgada por vía judicial o si es un administrador de la insolvencia (véanse los párrafos 33 a 37 y 43 a 45 *supra*).

58. En muchos casos en que se ha de competir con otro acreedor garantizado, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes gravados originales tal vez sea deducible del orden de prelación aplicable al bien inicialmente gravado y de los principios por los que se rija ese orden. Por ejemplo, en un ordenamiento en el que la primera garantía real sobre determinado bien, a la que sea dada la publicidad requerida, goce de prelación frente a toda garantía concurrente, ese mismo orden de prelación sería aplicable cuando se transfiera el bien inicialmente gravado y el acreedor garantizado trate de hacer valer su derecho sobre el producto. Si la garantía real sobre el bien inicialmente gravado obtuvo la publicidad requerida antes de que la garantía del acreedor concurrente la haya adquirido sobre el producto, la primera de esas dos garantías gozaría de prelación.

59. En supuestos en los que la fecha de publicidad no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre el bien inicialmente gravado, habrá que determinar por separado la prelación aplicable al producto de dicho bien. Así ocurriría, por ejemplo, si una de las garantías concurrentes sobre el bien inicialmente gravado es una garantía real constituida en respaldo del precio de compra de dicho bien, que gozará, por ello, de una prelación superior a la que le correspondería si no fuera ese el caso.

6. Modificación voluntaria de la prelación: acuerdos de subordinación

60. La prelación de la que goza un acreedor garantizado no tiene por qué ser inalterable. En numerosos ordenamientos el orden de prelación puede modificarse y se modifica, de hecho, con frecuencia por vía contractual. Por ejemplo, un prestamista con una garantía real sobre todos los bienes actuales y ulteriormente adquiridos del otorgante puede acceder a que éste constituya una garantía real sobre determinado bien, dotada de prelación suprema respecto de dicho bien, con el propósito de aprovechar su valor para obtener financiación adicional de otra fuente financiera.

61. Los acuerdos que alteran el orden de prelación son perfectamente aceptables, siempre que afecten únicamente a las partes que consientan efectivamente en la modificación. Un acuerdo de subordinación no deberá afectar a los derechos de acreedores que no sean partes en él. Además, es importante que la prelación concedida por vía de un acuerdo de subordinación siga siendo aplicable en el supuesto de que se abra un procedimiento de insolvencia del otorgante.

7. Importancia de la prelación anterior a la ejecución

62. Otro aspecto importante es si la prelación sólo reviste importancia después de que el otorgante incumpla su obligación subyacente o si también la tiene antes del incumplimiento. Muchos ordenamientos prevén que el titular de una garantía real contractual con prelación inferior cobre la cuota periódica de amortización de su crédito, antes de que se abone íntegramente el crédito garantizado que goce de prelación superior, salvo acuerdo en contrario entre el acreedor con prelación inferior y el acreedor con prelación superior. Si se exige al acreedor con prelación inferior que remita las sumas que le hayan sido así pagadas, este requisito tal vez le prive de toda motivación para conceder financiación.

63. Ese resultado tal vez sea distinto si el acreedor con prelación inferior ha cobrado el producto de todo acto de venta u otra forma de disposición del bien constituido en garantía. En tal supuesto, algunos ordenamientos exigirán que el acreedor con prelación inferior remita el producto así cobrado al acreedor con prelación superior, si cobró el producto a sabiendas de que el otorgante estaba obligado a enviarlo al acreedor con prelación superior. El fundamento de esta regla es análogo al que se analiza en la sección A.3.d. *supra*, en relación con los compradores de bienes gravados.

B. Resumen y recomendaciones

64. El concepto de prelación es un componente esencial de todo régimen de préstamos garantizados encaminado a promover la oferta de crédito a un costo asequible. La disponibilidad de fondos depende de que los acreedores puedan determinar con la certeza debida antes de otorgar crédito la prelación de que gozará su garantía en el supuesto de que traten de hacerla efectiva. Dado que la apertura de un procedimiento de insolvencia del otorgante puede dar lugar a una liquidación de su patrimonio, es esencial que la prelación de que goza un acreedor garantizado subsista sin menoscabo durante ese procedimiento.

65. Por consiguiente, es importante que el orden de prelación de los regímenes que regulan el crédito garantizado se enuncie con claridad y prevea cómo resolver las situaciones que puedan plantearse. Esa orden debe permitir que todos los acreedores, inclusive los que carecen de garantía, conozcan su situación relativa antes de otorgar crédito y actúen en consecuencia para proteger sus derechos. Tal vez las particularidades del orden de prelación en sí sean menos importantes para ellos que el hecho de que ese orden se enuncie con claridad, permita prever los resultados y establezca mecanismos eficaces para determinar en el momento de otorgar crédito la prelación de que se gozará.

66. La forma más eficaz de lograrlo es crear un sistema de inscripción pública y basar la prelación en la fecha de inscripción registral de una garantía real. Además, si ese sistema es fidedigno y de fácil consulta, servirá para alertar a los acreedores sobre la existencia de garantías reales concurrentes.

67. Cabría hacer excepciones a la regla de la fecha de inscripción sólo si no se dispone de otro medio para lograr el objetivo que se desee impulsar con la excepción y si la importancia de ese objetivo justifica la incidencia negativa que tendrá esa excepción en la oferta de crédito a un precio asequible. Ha de enunciarse claramente toda excepción prevista, de modo que los acreedores puedan determinar la probabilidad de que existan créditos privilegiados o preferentes y dispongan lo que sea necesario para protegerse frente a esos créditos. A fin de alertar de forma eficaz a los acreedores sobre la existencia de derechos concurrentes, cabe considerar la posibilidad de exigir que se inscriban en un registro público todas las garantías reales, incluidos los créditos privilegiados o preferentes. Algunas de las excepciones al orden de prelación basado en la fecha de inscripción que habrá que analizar al formular un régimen aplicable a las operaciones garantizadas se refieren a las garantías de financiación del precio de compra, a los créditos de acreedores que añadan valor al bien constituido en garantía (como los reparadores de equipo) y, posiblemente también, a determinados créditos (p. ej., sueldos o salarios de empleados o créditos de entidades públicas) que el legislador tal vez desee proteger por razones de interés social o público.

68. Conceder prelación respecto de futuros anticipos o de bienes adquiridos ulteriormente probablemente aliente la práctica de otorgar a las empresas créditos de índole rotatoria o renovable. Cuanto más simple sea el procedimiento que ha de seguir un acreedor para determinar el orden de prelación respecto de futuros anticipos o de bienes adquiridos ulteriormente, tanto mayor será la oferta de créditos financieros de esta índole.

69. Al menos en ciertos supuestos, el derecho del acreedor garantizado sobre el producto del bien constituido en garantía debe surtir efecto no sólo frente al otorgante, sino también frente a todo acreedor concurrente. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe estatuir cuándo cierto acto bastará para dar publicidad a una garantía real del acreedor sobre el producto y cuándo se requerirá un nuevo acto de publicidad. Todo régimen debe además enunciar el orden de prelación de las garantías respecto del producto, que tal vez difiera en función de la categoría del acreedor concurrente.

70. Independientemente de cuál sea el orden de prelación previsto por un régimen de las operaciones garantizadas, debe facultarse a los acreedores para que lo modifiquen por vía contractual a fin de estructurar los acuerdos financieros que

mejor respondan a las necesidades del otorgante. Esos acuerdos deben surtir efecto entre las partes que los concierten en todo supuesto de apertura de un procedimiento de insolvencia por o frente al otorgante; sin embargo, tales acuerdos deben dejar a salvo los derechos de toda persona que no sea parte en ellos.

71. Por último, todo régimen de las operaciones garantizadas habrá de determinar las circunstancias en que el titular de una garantía real constituida sobre determinado bien que goce de prelación inferior no podrá obrar en menoscabo de los derechos de todo titular de una garantía real sobre ese mismo bien que goce de prelación superior. No podrá, por ejemplo, retener el producto de la venta u otro acto de disposición de dicho bien a sabiendas de que el otorgante está contractualmente obligado a remitir ese producto al acreedor cuya garantía real goce de prelación superior.

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-43	956
VIII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	1-43	956
A. Observaciones generales	1-35	956
1. Introducción	1-4	956
2. Autonomía contractual	5-9	957
a) Principio de la autonomía contractual	5-6	957
b) Limitaciones	7-9	958
3. Reglas de derecho supletorio	10-35	959
a) Significado	10-11	959
b) Objetivos del legislador	12-13	959
c) Tipos de reglas supletorias	14-35	960
B. Resumen y recomendaciones	36-43	963

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

VIII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Los requisitos legales para un acuerdo constitutivo de garantía real válido y judicialmente ejecutorio son mínimos y deben ser fáciles de cumplir (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párrs. 36 a 46). Ahora bien, la eficiencia y predecibilidad del acuerdo constitutivo de una garantía real piden la incorporación al mismo de cláusulas o estipulaciones adicionales que resuelvan otros aspectos de la operación. Por ejemplo, saber si los ingresos reportados por los bienes gravados podrán ser retenidos por el acreedor garantizado, para elevar así el valor del bien

gravado, o si cabrá echar mano de ellos para pagar la obligación garantizada. Las propias partes son las que deberán saber adaptar su acuerdo de garantía a sus propios deseos y necesidades. Ahora bien, para colmar toda laguna contractual, que surja por haber omitido las partes alguna estipulación importante, es frecuente que el régimen de las operaciones garantizadas contenga reglas de derecho supletorio que definan los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía con anterioridad al incumplimiento de la operación garantizada.

2. La imposición por vía legal de reglas supletorias es un factor necesario para todo marco legal eficiente y flexible de las garantías legales constituidas sobre bienes muebles. La existencia de un marco global que aclare la posición respectiva de las partes colmando toda laguna eventual del acuerdo de garantía, constituye un principio básico de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles, o constituye al menos uno de sus corolarios más importantes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, párrs. 11 y 17). A este respecto la presente Guía comparte principios que han inspirado recientemente numerosas reformas legales (por ejemplo, el Código Civil de Quebec y el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), ciertas leyes modelo regionales (por ejemplo la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, del BERD, y la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de la OEA), así como ciertos instrumentos internacionales relativos a determinados aspectos de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, y el Convenio relativo a las garantías sobre elementos de equipo móvil).

3. Se han fijado dos límites al alcance del presente capítulo. En primer lugar, no se ocupará de las condiciones requeridas para la formación de un acuerdo constitutivo de una garantía real (por ejemplo, los datos mínimos que han de figurar en dicho acuerdo), ya que su función es distinta, por lo que esas condiciones son examinadas en el capítulo IV. En segundo lugar, no se ocupará de los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía a raíz del incumplimiento, ya que el incumplimiento plantea cuestiones que se rigen por otros principios que se examinarán en el capítulo IX.

4. El examen inicial que se hace a continuación se ocupa de dos importantes cuestiones de política legislativa. La primera se refiere al principio de la autonomía contractual y al margen que se ha de dar a las partes para perfilar su propio acuerdo de garantía (siempre que ese acuerdo cumpla con los requisitos de fondo y de forma para la constitución de una garantía real). La segunda se refiere a la índole y al número de reglas supletorias que deben enunciarse, a fin de prever la índole variable y evolutiva de las operaciones garantizadas. Al final del capítulo se esbozan una serie de recomendaciones sobre los derechos y obligaciones, previos al incumplimiento, del acreedor garantizado y del deudor.

2. Autonomía contractual

a) Principio de la autonomía contractual

5. Con la salvedad del respeto debido a la legislación protectora del consumidor, el principio de la autonomía contractual debe regir la relación entre las partes en todo acuerdo constitutivo de una garantía real, previo al incumplimiento de la

operación garantizada. La autonomía contractual de las partes como principio rector básico de los aspectos ajenos al régimen de la propiedad de las operaciones garantizadas es un factor que favorece la flexibilidad contractual de estos acuerdos. Al dotarse así a la fuente del crédito financiero de un notable margen de maniobra, para perfilar, según convenga, el acuerdo de garantía, se persigue ampliar la oferta de crédito financiero a menor costo para el deudor.

6. Ese amplio margen de que goza la autonomía contractual contribuirá asimismo a flexibilizar el régimen de las operaciones de crédito a más largo plazo entre las partes, al permitir colmar lagunas en el acuerdo de garantía. En muchos casos, no ha de verse el acuerdo de garantía como una operación estática, definida de una vez para siempre. Las partes pueden prever una relación financiera continua, pero de carácter dinámico, por la que el acreedor garantizado otorgará préstamos adicionales y el deudor ofrecerá en garantía bienes que vaya adquiriendo en el giro normal de su negocio. Obligar a las partes a formalizar contractualmente toda modificación o adición subsiguiente, que introduzcan en su acuerdo inicial, ocasionaría notables gastos que en última instancia recaerían sobre el deudor. La autonomía contractual deja margen suficiente para que las partes vayan protegiendo sus legítimos intereses en toda operación garantizada que forme parte de una relación comercial a largo plazo.

b) Limitaciones

7. Ya que no es posible prever todas las circunstancias en las que vaya a necesitarse una garantía real para respaldar el cumplimiento de una obligación, es aconsejable evitar restricciones innecesarias que limiten la autonomía de las partes para adaptar la operación garantizada a sus propias necesidades y a las circunstancias del caso. Debe imponerse, no obstante, cierto límite a la autonomía contractual a fin de que el acreedor garantizado no abuse de su posición. Esos límites deben asentarse claramente en principios de orden público y en el principio supremo de la buena fe y de la equidad comercial, y deben ser cuidadosamente estudiados para prevenir toda asignación disfuncional o perversa de las cargas contractuales, en nombre de la autonomía de las partes.

8. Si bien el acreedor garantizado y el deudor deben poder estipular libremente sus derechos y obligaciones mutuos, esa libertad no debe extenderse a los efectos dependientes del régimen de la propiedad de todo acuerdo de garantía real que pueda incidir en los derechos y obligaciones de terceros. La noción de la autonomía contractual debe ser entendida, en el presente contexto, como enmarcada dentro de los límites impuestos por el régimen general de la propiedad.

9. Dentro de esos límites, que el derecho interno determinará a su arbitrio, las partes deben gozar de la mayor autonomía posible para:

a) Convenir en las cláusulas o condiciones de su acuerdo de garantía;

b) Definir la obligación que se ha de garantizar y los sucesos que serán constitutivos de su incumplimiento; y

c) Determinar cuáles son las facultades de que dispondrá, en su caso, el deudor sobre los bienes gravados.

3. Reglas de derecho supletorio

a) Significado

10. Las reglas que figuran en el presente capítulo son de aplicación automática salvo que se demuestre que las partes obraron con la intención de excluirlas. La terminología utilizada para identificar estas reglas, destinadas a ser aplicables "salvo acuerdo en contrario de las partes", varía de un país a otro (*jus dispositivum, lois supplétives*, reglas de derecho no imperativo o facultativo). Todos estos términos denotan, no obstante, su finalidad supletoria o de colmar lagunas contractuales, en el sentido de que estas reglas serán únicamente aplicables en la medida en que las partes no hayan resuelto en su acuerdo el punto controvertido. Cualquiera que sea la terminología que se emplee, y la formulación que se les dé, debe quedar claro que estas reglas serán aplicables y ejecutorias en la medida en que las partes no hayan convenido otra cosa.

11. En cuanto al número de reglas supletorias presentadas, la presente Guía no pretende enunciar una lista exhaustiva de los derechos y obligaciones de las partes durante la vida de una operación garantizada. Si bien la ley puede enunciar, a título supletorio, aquellas reglas que sea probable que las partes normalmente convengan entre sí, la lista de reglas supletorias enunciadas no tiene por objeto hacer las veces de un formulario contractual. Esas reglas deben prever únicamente los incidentes más frecuentes o comunes en la vida de una operación garantizada, estableciendo al respecto todo derecho u obligación que el legislador pueda suponer razonablemente que las partes hubieran deseado estipular, pese a no haberlo hecho explícitamente en su acuerdo constitutivo de la garantía real.

b) Objetivos del legislador

12. Toda regla supletoria debe perseguir un objetivo plausible tal como la asignación razonable de la responsabilidad de custodiar o cuidar del bien gravado, así como de preservar su valor previo al incumplimiento y de optimizar su valor a partir del incumplimiento. Toda condición o estipulación adicional del acuerdo de constitución de la garantía, por la que se desee amparar a los prestamistas garantizados o al deudor, deben dejarse a la iniciativa de las partes en el acuerdo, sin necesidad de incorporar regla alguna al régimen supletorio previsto en la presente Guía. Por ejemplo, si las partes desean designar de común acuerdo la ley aplicable a su acuerdo, o si el acreedor garantizado desea que el deudor deposite el producto de algún seguro en una cuenta de depósito, o si el deudor que retiene la posesión del bien gravado desea recibir cierto aviso previo al ejercicio por el acreedor garantizado de su derecho de inspección, las partes contractuales deberán estipularlo expresamente en su acuerdo.

13. Las reglas supletorias pueden responder a una serie de objetivos del legislador, que a su vez respondan a imperativos de derecho interno o a prácticas comerciales del país. Ahora bien, es probable que el derecho interno reconozca, en la mayoría de los países, las ventajas de introducir reglas supletorias para las garantías constituidas sobre bienes del patrimonio personal que incentiven la oferta de crédito financiero a un precio favorable. Por ejemplo, la parte en cuyo poder obre el bien gravado deberá asumir un deber de custodia y mantenimiento. Estas reglas deben

estimular un comportamiento responsable por parte de aquél bajo cuyo control y custodia vaya a quedar el bien gravado, al tiempo que optimizan el valor de liquidación del bien gravado en un supuesto de incumplimiento.

c) Tipos de reglas supletorias

14. Se ha de hacer una distinción entre aquellos derechos y obligaciones que son comunes al acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado y aquellos que son propios del deudor en cuyo poder vaya a quedar el bien gravado en el marco de una garantía real sin desplazamiento o entrega de la posesión.

i) Garantía real posesoria o con desplazamiento

15. En el marco de una garantía real posesoria, los derechos y obligaciones de todo acreedor garantizado, en posesión del bien gravado, previos a todo incumplimiento del deudor, deben tener por objeto la preservación del valor de dicho bien, especialmente si ese bien es productivo o reporta frutos. Entre esos derechos y deberes cabe citar los siguientes:

a. Deber de custodia

16. La mejor manera de alentar un comportamiento responsable por parte del acreedor garantizado en posesión del bien gravado es la de imponerle el deber de obrar con el cuidado debido en la custodia de dicho bien. Deben enunciarse con claridad y en detalle el alcance y las modalidades de este deber de custodia, que debe conllevar el deber de preservar o mantener el bien en buen estado, así como el deber de efectuar toda reparación necesaria para dicho fin.

17. El deber de custodia deberá ejercerse según proceda en las circunstancias de cada caso. En algunos casos, bastará con que el acreedor garantizado notifique al deudor y le devuelva el bien gravado para que se encargue de todo acto requerido para su preservación. En otros casos, esos actos de preservación pudieran no ser de la responsabilidad del deudor, por lo que el acreedor garantizado, en cuyo poder obre el bien gravado, deberá efectuarlos.

b. Derecho a ser reembolsado de todo gasto razonable

18. Todo gasto razonable efectuado por el acreedor garantizado en el ejercicio de su deber de custodia deberá ser sufragado por el deudor y el acreedor garantizado tendrá derecho a que dicho gasto sea reembolsado por el deudor. Todo otro gasto, que el acreedor garantizado decida por su cuenta efectuar, no debe ser imputable al deudor.

c. Derecho a hacer uso razonable del bien gravado

19. A fin de alentar la utilización rentable del bien gravado, debe permitirse que el acreedor utilice o explote el bien gravado en todo lo que favorezca su mantenimiento y preservación, siempre que ello se haga de manera y con alcance razonable.

d. Deber de preservar la índole identificable del bien gravado

20. Salvo que el bien o los bienes gravados sean de índole fungible, el acreedor garantizado deberá mantener todo bien corporal en forma identificable.

e. Deber de adoptar medidas para salvaguardar los derechos del deudor

21. El deber de todo acreedor garantizado de custodiar o cuidar de ciertos bienes, tales como un derecho al cobro en efectivo de ciertas sumas, o de derechos de patente y otros bienes inmateriales, no consiste meramente en preservar el documento o título que incorpore ese derecho a efectuar un cobro. El deber de custodia conlleva en estos casos la obligación de adoptar toda medida requerida para mantener o preservar los derechos del deudor frente a aquellos que sean secundariamente responsables del pago debido (por ejemplo, un garante).

f. Deber de permitir que el deudor inspeccione el bien gravado

22. Otra obligación del acreedor garantizado en cuyo poder obre el bien gravado es permitir que el deudor inspeccione el bien o los bienes gravados en todo momento oportuno.

g. Derecho a destinar las rentas del bien gravado al pago de la obligación garantizada

23. Todo producto del bien gravado (incluida toda renta monetaria, crías de animales y otros frutos “civiles” o “naturales”) que perciba el acreedor garantizado podrá ser por él retenido y destinado al pago de la obligación garantizada, salvo que sea remitido al deudor.

h. Derecho a ceder la obligación garantizada y la garantía real

24. Todo acreedor garantizado debe estar facultado para ceder tanto el cobro de su crédito contra el deudor (“obligación garantizada”) como el derecho de garantía que respalde ese crédito. De ser esto posible, el cesionario se subrogará en toda garantía real otorgada al acreedor garantizado original.

i. Derecho a “subpignorar” el bien gravado

25. El acreedor garantizado tal vez sea también facultado para constituir una garantía real sobre el bien gravado que obre en su poder a título de garantía de la deuda. Ello significa, que el acreedor garantizado podrá “subpignorar” el bien gravado con tal de que no se ponga en peligro el derecho del deudor a recuperar su bien una vez que haya cumplido su obligación.

j. Derecho a asegurarse contra toda pérdida o daño del bien gravado

26. El riesgo de pérdida o deterioro del bien gravado sigue recayendo sobre el deudor pese a la constitución de la garantía real (en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el deudor conservará un derecho real sobre el bien gravado). No obstante, el acreedor garantizado obrará en su propio interés si saca un seguro completo para el bien gravado. Por ello, debe facultarse al acreedor garantizado a negociar un seguro en nombre del deudor, que deberá reembolsarle el gasto incurrido en esta gestión.

k. Derecho a abonar impuestos en nombre del deudor

27. Todo impuesto que recaiga sobre el bien o bienes gravados será también imputable al deudor. Ahora bien, todo acreedor garantizado debe estar facultado para pagar esos impuestos en nombre del deudor con miras a amparar su garantía real sobre dicho bien. Ese pago tributario será tenido por gasto justificado, incurrido en la custodia del bien gravado, por lo que el acreedor garantizado tendrá derecho a que le sea reembolsado.

ii) Garantías reales sin desplazamiento o entrega de la posesión

28. Como objetivo clave para su eficiencia, todo régimen de las operaciones garantizadas debe alentar un comportamiento responsable por parte del deudor que siga en posesión del bien gravado, pese a haber otorgado una garantía real sobre dicho bien (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, párr. 18). Por consiguiente, toda la normativa supletoria de la garantía real sin desplazamiento está destinada a amparar el valor económico de los bienes del deudor (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, párr. 11). Alentar la explotación económica de los bienes del deudor propicia su rentabilidad para el deudor, mientras que preservar el valor del bien gravado, previo al incumplimiento del deudor, responde al objetivo de optimizar el valor de liquidación de dicho bien en provecho del acreedor garantizado.

a. Deber de mantener los bienes gravados debidamente asegurados y de tributar por ellos

29. El deber de custodiar el bien gravado, que se asigna al deudor que esté en posesión del mismo, conlleva el deber de mantener dicho bien bajo la cobertura adecuada de un seguro y el deber de pagar oportunamente toda carga tributaria que pese sobre el mismo. Si el acreedor garantizado incurre en gastos por este concepto previos al incumplimiento, su derecho a ser reembolsado por el deudor estará cubierto por su garantía real.

b. Deber de permitir toda inspección oportuna por el acreedor garantizado

30. El acreedor garantizado tendrá derecho a supervisar las condiciones de custodia del bien gravado que obre en poder del deudor. El deudor estará, por ello, obligado a permitir toda inspección oportuna de ese bien por el acreedor garantizado.

c. Deber de llevar un expediente adecuado de su administración y de rendir cuentas

31. Cuando los bienes gravados sean bienes rentables, que se dejan en posesión del deudor, el deudor deberá rendir razonablemente cuenta de la disposición y administración del producto o de los frutos reportados por los bienes gravados. Este deber presupone el de llevar una contabilidad adecuada de los bienes gravados y de su producto financiero o sus frutos.

d. Deber de adoptar medidas para preservar todo derecho que recaiga sobre el bien gravado

32. Tratándose de bienes inmateriales gravados, tales como el derecho del deudor a ser pagado por medio de créditos por cobrar, una cuenta de depósito, regalías o derechos de patente, derechos de autor y marcas comerciales, el aspecto más importante del deber de custodia del deudor consistirá en adoptar toda medida necesaria para preservar o salvaguardar esos derechos.

e. Derecho a percibir ciertas rentas

33. Al igual que el deudor es responsable de toda carga o gasto incurrido con anterioridad al incumplimiento, también podrá cobrar toda renta o producto reportado por el bien gravado que obre en su poder. Ese producto o esos frutos acostumbran a ser objeto de la garantía real constituida a favor del acreedor garantizado sobre el bien gravado.

f. Derecho a utilizar, mezclar, entremezclar y procesar el bien gravado

34. El deudor en posesión del bien gravado acostumbra a estar facultado para utilizar, mezclar o entremezclar y procesar el bien gravado con otros bienes, así como para disponer de los bienes gravados en el giro normal de su negocio.

g. Derecho a otorgar otra garantía real constituida sobre el mismo bien

35. La facultad del deudor para conferir una garantía real subsiguiente sobre un bien ya gravado, debe igualmente ser enunciada a título de regla de derecho supletorio.

B. Resumen y recomendaciones

36. Las reglas de derecho supletorio que figuran en el presente capítulo tratan de aclarar cuáles deben ser los derechos y las obligaciones de las partes en un acuerdo constitutivo de una garantía real con anterioridad al incumplimiento de la operación garantizada. Estas reglas son de índole facultativa, y por tanto no imperativas, por lo que la expresión, “salvo acuerdo en contrario”, debe ser entendida como preámbulo de todo derecho o deber asignado, por esas reglas, a las partes. Un corolario de la índole facultativa de estas reglas es que las partes podrán, por vía contractual, renunciar a todo derecho o rechazar todo deber dimanante de esas reglas, o podrán modificarlas, salvo que esa renuncia o modificación sea contraria al orden público de derecho interno o contradiga algún principio inderogable de buena fe o de equidad comercial.

37. Todo acreedor garantizado, en posesión del bien gravado, debe custodiar, preservar y mantener el bien en buen estado. El acreedor garantizado está igualmente obligado a efectuar toda reparación necesaria para mantener dicho bien en ese estado. De tratarse de bienes muebles corporales, el acreedor garantizado deberá velar por que sigan siendo debidamente identificables, a no ser que se trate de bienes fungibles.

38. Cuando el bien gravado consista en el derecho del deudor a cobrar ciertas sumas de dinero o a recibir ciertos bienes inmateriales (por ej. títulos negociables o

créditos por cobrar), la obligación de custodia que ha de asumir el acreedor garantizado incluirá el deber de preservar todo derecho del deudor frente a cualquier persona secundariamente responsable. El acreedor garantizado debe permitir que el deudor inspeccione oportunamente el bien gravado. De cumplirse plenamente la obligación garantizada, el acreedor garantizado deberá devolver el bien gravado al deudor.

39. El acreedor garantizado en cuyo poder obre el bien gravado deberá estar facultado para retener, a título de garantía adicional, todo producto o fruto dimanante de dicho bien, para destinarlo al pago de la obligación garantizada, salvo que sea remitido al deudor. El acreedor garantizado podrá, a su vez, constituir una garantía real, subpignorando el bien gravado.

40. Todo gasto razonable en el que incurra el acreedor garantizado en el cumplimiento de su obligación de custodia (por concepto de seguros, pago de impuestos, ...) le deberá ser reembolsado. Ese derecho del acreedor garantizado a ser reembolsado por esos gastos deberá estar igualmente garantizado por el bien gravado.

41. En el marco de una garantía real sin desplazamiento, el deudor, facultado para retener la posesión del bien gravado, deberá estar a su vez sujeto a un deber de custodia y preservación de dicho bien. En el cumplimiento de este deber, el deudor deberá sufragar gastos por concepto de primas de seguro, impuestos y otros derechos o cargas.

42. El deudor en posesión de los bienes gravados podrá utilizarlos, mezclarlos o entremezclarlos y procesarlos con otros bienes, así como disponer de ellos en el giro normal de su negocio. El deudor podrá también otorgar una garantía real subsiguiente sobre el bien gravado.

43. El deudor en posesión de los bienes gravados deberá estar obligado a permitir que el acreedor garantizado supervise oportunamente su buen estado y deberá observar prácticas de contabilidad adecuadas de todo acto de enajenación o administración de los bienes gravados. De tratarse de bienes inmateriales, la obligación de custodia del deudor abarcará el ejercicio oportuno, o la salvaguarda, de todo derecho del deudor a ser pagado, y deberá adoptar toda medida que sea necesaria para cobrar oportunamente toda suma que le sea debida, por concepto de dichos bienes.

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-46	966
IX. Incumplimiento y vía ejecutoria	1-46	966
A. Observaciones generales	1-40	966
1. Introducción	1-4	966
2. Objetivos básicos	5-11	966
3. Incumplimiento	12-16	969
a) Significado del término “incumplimiento”	12	969
b) Remedio del incumplimiento	13	969
c) Notificación del incumplimiento	14-15	970
d) Reconsideración administrativa o judicial	16	970
4. Opciones a raíz de un incumplimiento	17-40	971
a) Vía judicial para la ejecución de una garantía real	19-24	971
b) Autonomía de las partes para convenir en alguna vía ejecutoria	25	972
c) Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada	26-27	973
d) Redención de los bienes gravados	28	973
e) Enajenación autorizada del bien gravado efectuada por el otorgante	29	974
f) Sustracción de los bienes gravados del control del otorgante	30-31	974
g) Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados	32-34	974
h) Distribución del producto de la enajenación	35-36	975
i) Término de la garantía real	37	975
j) Variaciones del marco general	38-39	975
5. Recurso a la vía judicial por otros acreedores	40	976
B. Resumen y recomendaciones	41-46	976

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

IX. Incumplimiento y vía ejecutoria

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. En el presente capítulo se examinan las vías de que dispone el acreedor garantizado para hacer valer o ejecutar su garantía real en el supuesto de que el deudor incumpla alguna obligación garantizada sin ser insolvente (la insolvencia es objeto del capítulo X).

2. Todo acreedor garantizado normalmente confía en que el deudor cumpla sus obligaciones sin necesidad de que el acreedor tenga que hacer valer su garantía real sobre los bienes gravados. Todo deudor normal habrá asimismo previsto cumplir con su obligación. Ambos reconocerán, no obstante, que pueden darse supuestos en los que el deudor se encuentre en la imposibilidad de cumplir su obligación. Ese incumplimiento puede ser imputable a errores comerciales del deudor o a su mala gestión del negocio, pero puede resultar asimismo de causas que no estén bajo el control del deudor, tales como una mala coyuntura de la economía en general o del ramo industrial al que pertenezca la empresa deudora.

3. Todo acreedor normal pasará periódicamente revista al negocio del deudor o al bien o bienes gravados en garantía y se pondrá en contacto con todo deudor del que existan indicios de que atraviesa por dificultades financieras. Todo deudor normal cooperará con sus acreedores con miras a superar esas dificultades. Los acreedores y deudores que trabajan de consuno pueden llegar a un acuerdo de “reajuste” o de “arreglo comercial”, que prolongue el calendario de pago, reduzca la obligación del deudor o modifique el acuerdo de garantía. Toda negociación para llegar a un arreglo comercial tendrá lugar a la sombra de dos consideraciones jurídicas dominantes: el derecho de todo acreedor garantizado de hacer valer su garantía real si el deudor incumple su obligación garantizada y la posibilidad de que se declare abierto un procedimiento de insolvencia contra el deudor.

4. La esencia de todo régimen de las operaciones garantizadas se encuentra en el derecho del acreedor garantizado a liquidar el valor del bien gravado para satisfacer la obligación garantizada que el deudor haya incumplido. La disponibilidad y el costo del crédito financiero ofrecido se verán afectados por la cuantía del producto estimado de la enajenación de los bienes gravados. El costo de liquidación del bien gravado será incorporado por el acreedor al calcular la cuantía y su precio del crédito que vaya a otorgar al deudor.

2. Objetivos básicos

[*Nota dirigida al Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene retener y desarrollar esta sección en el marco del presente capítulo o si todo examen de fondo de los objetivos debe efectuarse en el marco del capítulo II. De adoptarse este criterio, cabe señalar ciertas similitudes entre los objetivos i) y iv), enunciados a continuación, y los objetivos A y G del capítulo II,*

aun cuando tal vez se haya de modificar en algo el capítulo II para reflejar lo decidido en el marco del presente capítulo].

5. De conformidad con los objetivos básicos, de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas, esbozados en el capítulo II , la vía ejecutoria prevista para un supuesto de incumplimiento deberá satisfacer los objetivos siguientes:

i) Enunciar reglas claras, sencillas y transparentes para la ejecución de toda garantía real a raíz de un incumplimiento del deudor, y para la determinación de los derechos, obligaciones y el orden de prelación de toda parte interesada, a raíz del incumplimiento del deudor.

6. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe enunciar reglas de derecho sustantivo y procesal para la ejecución de toda garantía real existente al producirse el incumplimiento del deudor. Esas reglas deben permitir que las partes determinen lo que se ha de hacer con los bienes gravados y cómo se ha de distribuir el producto de todo acto de enajenación de los bienes gravados. Esas reglas deberán determinar también lo que habrá de hacerse con toda suma de más o de menos (es decir, la diferencia entre el valor monetario de la obligación garantizada y el producto de todo acto de disposición del bien gravado) que quede pendiente de cobro del deudor o que le sea debido. Estas reglas deben ser claras, sencillas y transparentes a fin de dar certeza al resultado previsible del procedimiento de ejecución. De lo contrario, el acreedor garantizado incorporará el riesgo adicional, dimanante de toda incertidumbre que abrigue al respecto, en el precio del crédito financiero que ofrezca.

ii) Optimizar el valor de liquidación de los bienes gravados sin dejar de amparar los derechos de toda otra parte interesada y de terceros

7. Toda parte interesada (es decir, el acreedor garantizado, el deudor, el otorgante y los restantes acreedores) puede verse favorecida por la optimización del valor de liquidación del bien gravado, a raíz del incumplimiento del deudor. El acreedor garantizado se beneficiará si se reduce toda suma pendiente de cobro del deudor por concepto de deuda no garantizada. El deudor o el otorgante y los demás acreedores del deudor se beneficiarán asimismo tanto si se reduce la cuantía de la suma pendiente de pago como si se aumenta el excedente del valor de liquidación del bien gravado respecto del importe de la garantía. Un régimen de las operaciones garantizadas puede optimizar el valor de liquidación de un bien reduciendo los gastos administrativos de disposición del bien, lo que elevará la cuantía del producto que reporte la enajenación del bien o bienes gravados.

8. Todo trámite a seguir deberá ser compatible con la necesidad de amparar los derechos de las demás partes interesadas y de terceros. La cuestión clave que ha de resolver todo régimen de las operaciones garantizadas es la de determinar si se habrá de introducir o no alguna modificación en el régimen normalmente aplicable para el cobro de deudas. El régimen de derecho interno aplicable prevé, a las operaciones garantizadas a veces, una vía judicial acelerada para el cobro de este tipo de deudas, mientras que en otros regímenes se confiere al acreedor garantizado la facultad de tomar posesión del bien gravado y enajenarlo sin intervención pública directa ni judicial ni de ningún órgano administrativo independiente. Ahora bien toda vía de ejecución acelerada o toda habilitación del acreedor para ejecutar

directamente su garantía deberá tener en cuenta el derecho a ser oído de todo titular de un crédito legítimo sobre los bienes gravados. Más aún, toda asignación de recursos en el marco del sistema judicial y toda delegación de poderes en personas particulares puede plantear cuestiones de orden público de derecho interno.

iii) Dar la operación por terminada al completarse el procedimiento ejecutorio

9. Una vez completado el procedimiento para la liquidación del valor de la garantía real, debe darse por terminada la operación y deberá darse por extinguida la garantía real del acreedor garantizado sobre los bienes gravados. De haberse enajenado sus bienes, los derechos del otorgante sobre los mismos deberán darse asimismo por extinguidos. La norma legal aplicable deberá determinar también si proseguirán o no las garantías reales de otros acreedores garantizados sobre los bienes gravados, pese a su enajenación. A este respecto, cabe que la ley distinga entre garantías reales con prelación superior e inferior (es decir se habrá de determinar si la garantía real de algún otro acreedor garantizado goza de prelación sobre la garantía del acreedor que haya entablado la vía ejecutoria).

iv) Definir claramente la medida en que el acreedor garantizado y el otorgante podrán estipular de común acuerdo si el procedimiento a seguir para la liquidación del valor de los bienes gravados

10. El principio de la autonomía contractual reposa sobre la hipótesis de que las partes interesadas son el mejor juez del valor que pueda tener el intercambio contractual propuesto. Con arreglo a este principio, el valor agregado o el resultado acumulativo de todos esos intercambios contractuales autónomos debe reportar la asignación más eficiente de recursos que cabe hacer en el marco de una economía. Este principio debe contrapesarse con el principio de que un contrato bilateral no debe afectar adversamente los derechos de terceros ni el interés público a resultas, por ejemplo, del abuso de algún derecho subjetivo de las partes. En el contexto del régimen ejecutorio de las garantías reales, la ley deberá definir la medida en que el acreedor garantizado y el deudor podrán convenir entre sí el procedimiento ejecutorio a seguir. Cabría establecer, a este respecto, una distinción entre los derechos de origen legal que las partes podrán modificar en su acuerdo original de garantía real y aquellos que sólo podrán modificar a raíz del incumplimiento de la obligación garantizada.

v) Coordinar los procedimientos ejecutorios que se entablen con arreglo al régimen de las garantías reales con los que se entablan en el ejercicio de una garantía real en el marco de un procedimiento de insolvencia

11. La garantía real cobra particular importancia para el acreedor garantizado en el supuesto de un deudor en dificultades financieras. Al incurrir un deudor en dificultades financieras aumentan las probabilidades de que incumpla sus obligaciones y dé lugar a la apertura de un procedimiento de insolvencia voluntario o involuntario. Cuando el valor de una garantía real sea menor en el marco de un procedimiento de insolvencia que al margen de dicho procedimiento, tanto el deudor como los demás acreedores pueden sentirse incentivados a precipitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Todo acreedor garantizado que prevea las

consecuencias de la apertura de ese procedimiento, tendrá en cuenta el valor disminuido de la garantía real en ese supuesto y reducirá la cuantía del crédito otorgado al deudor o elevará su precio. El que la ley prevea el reconocimiento y la ejecutoriedad de las garantías reales en el marco de un procedimiento de insolvencia dará certeza al acreedor y propiciará la oferta de crédito en condiciones favorables (en el capítulo X se examina la cuestión de la ejecutoriedad de las garantías reales en un procedimiento de insolvencia).

3. Incumplimiento

a) Significado del término "incumplimiento"

12. Siempre que un deudor no cumple la obligación garantizada, se dice que el deudor ha incurrido en "incumplimiento". El derecho general de obligaciones y lo estipulado en el acuerdo de las partes serán lo que determine cuándo el deudor ha incurrido en incumplimiento. Cabe, por ejemplo, que en un acuerdo de préstamo se enumeren determinados supuestos de incumplimiento que den lugar a que el préstamo pase a ser inmediatamente reembolsable. El acuerdo de garantía definirá normalmente cuáles serán los supuestos constitutivos de incumplimiento. En el supuesto improbable de que el contrato concertado entre las partes guarde silencio a ese respecto, la normativa general del derecho de los contratos será la que determine cuándo el deudor habrá incurrido en el incumplimiento. No es preciso, por ello, que el régimen aplicable a las operaciones garantizadas defina la noción de incumplimiento. De definirse, no obstante, este concepto, bastará con disponer que todo deudor incurrirá en incumplimiento cuando no cumpla una obligación garantizada o cuando por algún motivo definido en el acuerdo de garantía, o en alguna norma de derecho interno por lo demás aplicables, el deudor haya incurrido en incumplimiento.

b) Remedio del incumplimiento

13. Para determinar si la ley debe permitir que un deudor pueda remediar o corregir un incumplimiento se ha de sopesar la conveniencia de amparar al deudor cuyo incumplimiento no sea indicio de incapacidad de cumplir a más largo plazo contra la conveniencia de amparar a todo acreedor frente a los gastos que le suponga la demora en el cumplimiento y el nuevo calendario impuesto por el proceso rectificador del incumplimiento. Pese a que la cuestión del eventual remedio o corrección de un incumplimiento puede dejarse al arbitrio del derecho general de obligaciones o de toda ley especial de amparo al deudor, la posibilidad de que se le prive al deudor del control de los bienes gravados puede servir de rasgo distintivo de esta cuestión en el marco del derecho de las operaciones garantizadas. Un régimen de las operaciones garantizadas que aborde la cuestión del remedio eventual del incumplimiento debe cerciorarse previamente de su compatibilidad con el derecho interno aplicable y, en aras de la transparencia, deberá hacer remisión expresa a toda norma de derecho interno que no pretenda desplazar.

c) Notificación del incumplimiento

14. El incumplimiento del deudor es un requisito previo de todo derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía real sobre los bienes gravados. Todo régimen de las operaciones garantizadas deberá indicar si se habrá de dar aviso del incumplimiento y a quién deberá darse ese aviso. La principal ventaja de esa notificación estriba en que da margen para que el deudor y toda otra parte interesada puedan actuar en defensa de sus intereses. Cabe, por ejemplo, que el deudor niegue el hecho del incumplimiento o, si la ley lo permite, trate de remediarlo o de redimir los bienes gravados. La notificación dada a las demás partes interesadas permitirá que esas partes se mantengan informadas de toda medida subsiguiente de ejecución por parte del acreedor garantizado y, en el supuesto de que alguna parte sea, a su vez, un acreedor garantizado que además goza de prelación sobre aquél que ha entablado la vía ejecutoria, dicho acreedor garantizado podrá asumir el control del procedimiento ejecutorio. Como inconvenientes cabe citar los gastos inherentes al trámite de la notificación, y la oportunidad que ofrece ese requisito a todo otorgante mal dispuesto para poner los bienes gravados fuera del alcance del acreedor y la posibilidad de que otros acreedores se precipiten a reclamar sus deudas y provoquen el desmembramiento del negocio del deudor. Aun cuando el régimen de las operaciones garantizadas no impone, en algunos países, el requisito de la notificación del incumplimiento, son muchos los países en donde sí existe ese requisito.

15. Al igual que en otros supuestos en los que se requiere una notificación, el régimen de las operaciones garantizadas deberá indicar cuál ha de ser el contenido mínimo de la notificación dada, y la manera y el momento que se ha de dar. Al hacerlo, la ley deberá distinguir entre el aviso que ha de darse al deudor y al otorgante en el supuesto de que éste no sea el deudor, y el aviso que ha de darse a los demás acreedores y a las autoridades públicas o al público en general. El acreedor garantizado podría, por ejemplo, estar obligado a dar aviso previo por escrito al deudor y al otorgante y a hacer inscribir esa notificación en algún registro público. Cabe también que el acreedor esté obligado a dar aviso por escrito a los demás acreedores garantizados que hayan inscrito su garantía real en un registro o que hayan de algún otro modo notificado al acreedor. Cabría también que esa obligación de dar aviso corra a cargo del secretario del registro. En cuanto a la información que ha de darse en dicho aviso, cabe que la ley exija que el acreedor garantizado incluya una estimación de la cuantía debida a raíz del incumplimiento e indique las medidas que el deudor o el otorgante de la garantía podrán adoptar para remediar ese incumplimiento o redimir el bien o los bienes gravados. Cabe que se exija también que el acreedor garantizado indique, al menos a título provisional, las medidas que piensa adoptar para obtener la ejecución de su garantía real.

d) Reconsideración administrativa o judicial

16. Para cerciorarse de que todo recurso a la vía ejecutoria está justificado, el deudor y demás partes interesadas deben disponer de una oportunidad para obtener una reconsideración administrativa o judicial de los actos del acreedor garantizado. El deudor debe estar facultado para impugnar la pretensión del acreedor garantizado de que ha habido incumplimiento, o el cálculo efectuado por el acreedor garantizado de la suma debida a resultas del incumplimiento. A fin de no demorar indebidamente

toda ejecución que esté justificada, convendrá haber previsto una vía de reconsideración acelerada, que lleve incorporada salvaguardas contra la presentación por el deudor de alegatos infundados destinados a demorar la ejecución.

4. Opciones a raíz de un incumplimiento

17. En la mayoría de los ordenamientos se reconoce que un acreedor garantizado podrá hacer valer la obligación garantizada presentando una demanda judicial con arreglo al procedimiento habitualmente seguido para hacer ejecutorio cualquier crédito. De pronunciarse sentencia sobre la obligación garantizada esa sentencia será ejecutada por esa misma vía sobre cualquiera de los bienes del deudor ejecutables en provecho de sus acreedores, incluidos los bienes gravados. El examen que se hace a continuación versará, no obstante, sobre la ejecución de una garantía real por el acreedor garantizado sobre los bienes gravados, ya sea por vía judicial o por alguna otra vía.

18. Cuando el deudor incumple la obligación garantizada, el acreedor garantizado pudiera estar o no en posesión del bien o los bienes gravados. Todo acreedor garantizado en posesión del bien gravado está amparado contra posibles abusos (por ejemplo, contra la ocultación o la enajenación indebida de los bienes), por el deudor o por el otorgante de la garantía. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe proteger, asimismo, a todo acreedor garantizado que no tenga en su poder el bien gravado. Al margen de la cuestión del amparo debido contra posibles abusos, no existe ningún motivo para hacer una distinción entre el acreedor garantizado en posesión del bien gravado y todo otro acreedor que goce de una garantía real, por lo que cabe aplicar un mismo procedimiento para la liquidación del valor de la garantía real con independencia de que el acreedor garantizado esté o no en posesión del bien gravado.

a) Vía judicial para la ejecución de una garantía real

19. Una cuestión clave para todo régimen de las operaciones garantizadas es la medida en que el acreedor garantizado haya de acudir ante los tribunales o ante alguna otra autoridad (por ejemplo, un alguacil, notario público o cargo de la policía) para hacer ejecutar su garantía real.

20. A fin de proteger al deudor y a toda otra parte con algún derecho sobre los bienes gravados, en muchos ordenamientos se exige que el acreedor garantizado acuda ante los tribunales o ante alguna otra autoridad para hacer ejecutar su garantía real. Ahora bien, este enfoque puede ocasionar demoras y gastos que el deudor tendrá en última instancia que sufragar, al ser incorporados al precio de la operación financiera y que, en todo caso, reducirán el valor de liquidación del bien gravado. Además, conforme a este criterio se habría de seguir un procedimiento oficial, sin duda no concebido para obtener un buen precio de mercado para el bien o los bienes gravados.

21. A fin de evitar estos problemas, algunos ordenamientos jurídicos limitan la función de los tribunales o de otras autoridades en el procedimiento de ejecución. En estos ordenamientos, se facultará normalmente al acreedor para ejecutar su

garantía real sin intervención previa de ninguna institución pública, ya sea un tribunal, un alguacil o un agente de la policía. En algunos otros ordenamientos, se prevé una intervención pública limitada en el procedimiento de ejecución[1]. Se aduce a favor de este procedimiento que el recurso al acreedor garantizado o a un tercero de confianza para disponer de los bienes resultará a menudo más flexible, rápido y menos costoso que su liquidación por subasta pública. Con ello se trata también de optimizar el valor de liquidación del bien o los bienes gravados.

22. Ahora bien, incluso en esos ordenamientos, cabe acudir ante los tribunales para obtener el reconocimiento de toda excepción procesal oponible por el otorgante de la garantía o de todo crédito legítimo de algún otro acreedor con una garantía sobre el bien gravado. A fin de informar a esas partes y darles la oportunidad de reaccionar, se le exige al acreedor garantizado que dé aviso del incumplimiento y de que va a recurrir a la vía ejecutoria (véanse los párrafos 14 y 15 *supra*). Además, de denegar el deudor su consentimiento, el acreedor garantizado no podrá ejecutar su garantía real si ello perturba la paz o el orden público (véase el párrafo 30 *infra*). Más aún, al disponer de los bienes gravados, el acreedor garantizado deberá obrar con "prudencia comercial" (véase el párrafo 33 *infra*).

23. Aun cuando esté facultado para actuar sin necesidad de una intervención pública, nada impide normalmente que un creedor garantizado decida ejecutar su garantía real por vía judicial. El acreedor garantizado tal vez opte por presentar una demanda judicial para evitar, por ejemplo, el riesgo de que sus actos privados sean ulteriormente impugnados, o por haber llegado a la conclusión de que deberá, de todos modos, acudir a los tribunales para reclamar algo que prevea que no sea recuperable por ninguna otra vía.

24. Haya o no de acudir el acreedor garantizado ante los tribunales, son muchos los ordenamientos que modifican el régimen normal del procedimiento civil para las demandas de ejecución de garantías reales presentadas por un acreedor garantizado. Esas modificaciones pueden consistir en un plazo más breve para la actuación del tribunal o en que se impongan límites a las acciones o excepciones que las demás partes puedan presentar. Si el tribunal concluye que ha habido incumplimiento, el objetivo de toda resolución judicial deberá ser satisfacer el crédito garantizado del acreedor. Deberá por ello facultarse al tribunal para ordenar que el deudor pague la obligación, enajene el bien gravado, o entregue los bienes al acreedor garantizado o al tribunal para que dispongan de ellos, según proceda.

b) Autonomía de las partes para convenir en alguna vía ejecutoria

25. Otro factor clave de un régimen de las operaciones garantizadas será la medida en que el acreedor garantizado y el otorgante podrán modificar por vía contractual el

[1] Por ejemplo, conforme a la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos, el acreedor garantizado deberá inscribir una notificación de incumplimiento y ejecución en el registro público, y entregar una copia de esa notificación al deudor y a todo otro acreedor con una garantía real inscrita en ese registro (véase el artículo 54). El acreedor garantizado deberá demandar ante un tribunal un mandato de restablecimiento en la posesión que el tribunal podrá emitir sin audiencia previa (el deudor deberá incoar un procedimiento independiente para impugnar ese mandato; ver artículo 57). Una vez en posesión del bien, el acreedor garantizado podrá venderlo directamente, pero deberá observar ciertos trámites prescritos (véase el artículo 59).

marco legal para la ejecución de una garantía real. Dar autonomía a las partes para determinar las consecuencias de su intercambio comercial favorece una asignación eficiente de recursos. Ahora bien, cuando el régimen interno de las operaciones garantizadas define imperativamente las obligaciones del acreedor garantizado, especialmente en aquellos regímenes que facultan al acreedor para ejecutar su garantía con escasa intervención publica, la ley tal vez suprima o limite la facultad de las partes para sustraerse por vía contractual de esas obligaciones. La ley tal vez establezca una distinción entre lo que las partes hayan convenido al concertar su acuerdo de garantía y lo que convengan una vez que el deudor haya incumplido.

c) Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada

26. A raíz del incumplimiento, el acreedor garantizado tal vez proponga aceptar los bienes gravados en cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada. En la mayoría de los ordenamientos toda estipulación que confiera automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado a raíz del incumplimiento no será ejecutable, si figura en el acuerdo de garantía, pero en algunos ordenamientos sería ejecutable si es subsiguiente al incumplimiento. La ventaja de admitir la validez de un acuerdo subsiguiente está en que con ello se minimiza el costo de ejecución y se extingue más rápidamente la garantía real. Su desventaja dimana de que tal vez se preste a que el acreedor garantizado presione indebidamente al deudor o al otorgante en supuestos en los que los bienes gravados sean más valiosos que la obligación garantizada.

27. La ley puede amparar contra todo comportamiento abusivo exigiendo, en ciertos supuestos, el consentimiento del deudor o del otorgante, así como de terceros interesados o del tribunal competente, como sucedería en el caso de que el deudor haya reembolsado ya una porción considerable de la deuda garantizada. Tal vez se exija cierta publicidad o se imponga cierto plazo antes de proceder a una liquidación definitiva, a fin de dar margen para toda intervención oportuna ante el tribunal. La ley tal vez requiera también alguna tasación oficial.

d) Redención de los bienes gravados

28. En la mayoría de los ordenamientos se suele permitir que el deudor que ha incumplido o el otorgante de la garantía rediman los bienes gravados pagando la suma pendiente de la obligación garantizada, junto con los intereses y los gastos de ejecución hasta la fecha de esa redención. La redención de los bienes pone término a la operación. La esperanza de poder redimir los bienes puede alentar al deudor o al otorgante a buscar compradores para los bienes gravados y a supervisar estrechamente la actuación del acreedor garantizado. La redención de los bienes gravados no es lo mismo que el restablecimiento de la obligación garantizada. Al restablecerse la obligación garantizada (por ejemplo, abonando una cuota impagada) se redime un incumplimiento parcial y la obligación así restablecida seguirá estando garantizada por los bienes gravados. Toda redención de los bienes gravados libera de la propia obligación garantizada.

e) Enajenación autorizada del bien gravado efectuada por el otorgante

29. A raíz de un incumplimiento, el acreedor garantizado deseará optimizar el valor de liquidación de los bienes gravados. A menudo, el deudor conocerá mejor el mercado de sus bienes que el acreedor garantizado. Por ello, se acostumbra a dar al deudor cierto plazo a raíz del incumplimiento durante el cual él mismo podrá enajenar los bienes gravados.

f) Sustracción de los bienes gravados del control del otorgante

30. A raíz del incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado que no esté ya en posesión de los bienes gravados estará preocupado porque sus bienes puedan ser dispersados o malgastados. Cabe amainar este riesgo colocando esos bienes en manos de un tribunal, de alguna autoridad pública o de un tercero que sea de la confianza del acreedor garantizado. Permitir que el acreedor garantizado se haga con esos bienes sin ninguna o escasa intervención judicial o de alguna otra autoridad reducirá el costo de la ejecución (véase párr. 21). Ahora bien, cuando el derecho interno permita que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes debe preverse el riesgo de que el acreedor abuse de dicha facultad, en particular el riesgo de que perturbe la paz pública o de que intimide al deudor. La mayoría de esos ordenamientos condiciona, por ello, esa toma de posesión a que no se perturbe el orden público ("ruptura de la paz"). Ciertos ordenamientos exigen que se dé aviso previo del incumplimiento para poder tomar posesión de los bienes.

31. De existir el riesgo de que los bienes gravados disminuyan rápidamente de valor, el derecho interno suele prever que un tribunal o alguna otra autoridad competente podrá otorgar una medida cautelar destinada a preservar el valor de esos bienes.

g) Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados

32. Toda garantía real faculta al acreedor garantizado para decretar la venta u otro acto de disposición de los bienes gravados. El objetivo de ese acto de disposición debe ser maximizar el valor de los bienes gravados, sin poner en peligro ningún derecho legítimo o excepción judicial de que disponga el otorgante de la garantía o alguna otra persona.

33. Los requisitos impuestos son de índole más o menos formal según los países. En algunos ordenamientos se habrá de seguir el mismo procedimiento público que se utilice para la ejecución de una sentencia judicial. En otros se permite que el acreedor garantizado controle el acto de disposición, pero se prescriben ciertos procedimientos uniformes para la enajenación de los bienes gravados en subasta pública, particularmente en materia de plazos, publicidad y precio mínimo. En algunos otros se permite que el acreedor garantizado controle el acto de disposición a reserva de ciertas reglas flexibles de procedimiento. Estos ordenamientos pueden condicionar el ejercicio del derecho del acreedor a que el otorgante dé su consentimiento, ya sea en el acuerdo de garantía o después del incumplimiento. Se suele prescribir cierta norma de conducta que el acreedor garantizado deberá observar (obrando, por ejemplo, "con prudencia comercial" o "con diligencia

profesional”). Tal vez se haya reglamentado también la modalidad de cobro del producto del acto de enajenación y la custodia de ese producto hasta su distribución.

34. La mayoría de los regímenes de operaciones garantizadas exigen que se dé aviso a determinadas partes antes de proceder al acto de disposición. Dado el carácter definitivo de todo acto de disposición, se ha de reglamentar detalladamente la forma de alertar a toda parte interesada para que pueda amparar su derecho. Las cuestiones relativas a la determinación de las personas a notificar y de la forma y el momento de la notificación son similares a las examinadas respecto del incumplimiento (véanse párrs. 14 y 15 *supra*). Suelen prescribirse trámites especiales para todo supuesto de venta de un negocio en marcha.

h) Distribución del producto de la enajenación

35. Para restar motivos de controversia, todo régimen de las operaciones garantizadas deberá reglamentar la distribución del producto de la enajenación. Suele comenzarse por abonar ciertos gastos de ejecución razonables, abonándose a continuación la obligación garantizada. La ley debe determinar si el acreedor garantizado estará obligado a distribuir parte del producto a otros acreedores con garantías reales sobre los bienes enajenados, y cuáles son los supuestos en que deberá obrar así. Esas reglas deben exigir que se dé aviso al acreedor garantizado de la existencia de esas otras garantías reales. La ley debe disponer que todo excedente sobrante sea devuelto al otorgante de la garantía.

36. El producto asignado al acreedor garantizado deberá ser destinado a la satisfacción de la obligación garantizada. De ser insuficiente la suma así asignada, la obligación quedará extinguida únicamente en la medida en que haya sido reembolsada por el producto recibido. La ley debe disponer expresamente que el acreedor garantizado seguirá gozando de un derecho para recuperar la suma pendiente del deudor. Salvo que el deudor haya creado una garantía real sobre otros bienes en provecho del acreedor, el derecho del acreedor que haya quedado pendiente de satisfacción no estará garantizado.

i) Término de la garantía real

37. Un régimen de las operaciones garantizadas debe poner término a la garantía real a raíz de la enajenación de los bienes gravados. Con ello quedaría extinguida la garantía real del acreedor garantizado sobre los bienes gravados, así como todo derecho sobre esos bienes del otorgante. La ley debe también determinar si subsistirá o no el derecho de alguna otra persona (incluido todo otro acreedor garantizado) pese a la enajenación de los bienes a resultas del procedimiento de ejecución.

j) Variaciones del marco general

38. Todo régimen de las operaciones garantizadas aplicable a categorías muy diversas de bienes gravados tal vez deba prever ciertas reglas especiales aplicables, cuando proceda, a la enajenación de ciertas categorías de bienes. Este sería el caso respecto de los bienes inmateriales de los valores bursátiles y de los títulos

negociables. Por ejemplo, todo acreedor garantizado con una garantía sobre un crédito por cobrar deberá estar facultado para informar al deudor de ese crédito del incumplimiento del deudor de la obligación garantizada.

39. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe también determinar cómo deberá proceder un acreedor garantizado cuando una misma operación englobe garantías reales sobre bienes muebles y bienes inmuebles. Es posible que una garantía sobre bienes accesorios de un inmueble requiera asimismo ciertas reglas especiales que resuelvan el problema de la separación de un bien accesorio de un inmueble perteneciente a alguien que no sea el otorgante.

5. Recurso a la vía judicial por otros acreedores

40. Deberá coordinarse el régimen de las operaciones garantizadas con el derecho procesal civil general a fin de facultar al acreedor garantizado para intervenir en todo otro procedimiento abierto que afecte a su garantía real con miras a protegerla y reclamar la observancia del orden de prelación de los créditos. Cabe que los demás acreedores del deudor o del otorgante acudan ante los tribunales para obtener la ejecución de sus créditos contra el deudor y cabe que la ley procesal del foro reconozca a esos acreedores un derecho a forzar al deudor a enajenar los bienes gravados. El acreedor garantizado buscará en la ley procesal del foro alguna regla que le permita intervenir en esos procedimientos en defensa de la prelación de su garantía real. Cabe que esa normativa haya previsto alguna excepción al régimen general de la prelación. Cabe también que faculte al tribunal para ordenar que cierta suma debida a un deudor sentenciado sea abonada directamente al acreedor cuya demanda haya prosperado. Aun cuando un acreedor garantizado disponga de una garantía real sobre ese crédito por cobrar, es posible que el mandato judicial sirva para otorgar una prelación efectiva al acreedor cuya demanda haya prosperado. Si esta inversión judicial del orden de prelación general no es deseada por el legislador, convendría que se rectifique la ley correspondiente.

B. Resumen y recomendaciones

41. Las disposiciones en materia de incumplimiento y recurso a la vía ejecutoria de un régimen de las operaciones garantizadas tendrán por objetivos básicos los siguientes:

a) Proporcionar reglas claras, sencillas y transparentes para la ejecución de toda garantía real a raíz de un incumplimiento de la obligación garantizada, así como respecto de los derechos, obligaciones y prelación relativa de toda parte interesada a raíz de ese incumplimiento;

b) Optimizar el valor de liquidación de los bienes gravados sin dejar de amparar los derechos de toda parte interesada o de todo tercero en general;

c) Poner término a la operación al completarse el curso de la vía ejecutoria;

d) Definir claramente la medida en que el acreedor garantizado y el deudor podrán estipular de común acuerdo el procedimiento a seguir para liquidar el valor de los bienes gravados; y

e) Coordinar el procedimiento a seguir y los derechos ejecutorios en el marco del régimen de las garantías reales con el procedimiento a seguir y los derechos ejecutorios en el marco de un procedimiento de insolvencia.

42. No es preciso que la ley defina la noción de "incumplimiento". De darse una definición, bastará con declarar que se incurrirá en incumplimiento siempre que el deudor no satisfaga una obligación garantizada o incumpla por algún otro concepto dicha obligación, conforme a lo estipulado en el acuerdo de garantía o a tenor de lo dispuesto en la ley que le sea por lo demás aplicable. La ley deberá determinar cuándo y a quién se debe dar aviso del incumplimiento. El deudor debe poder acudir ante los tribunales o ante alguna otra autoridad competente para impugnar toda pretensión infundada, del acreedor, de que ha incurrido en incumplimiento, o el cálculo efectuado por el acreedor de la cuantía debida a resultas del incumplimiento. Esa reconsideración deberá ser agilizada a fin de no demorar ninguna ejecución justificada de una garantía real. Se deben incorporar salvaguardas al procedimiento estatuido para este fin, con miras de desalentar toda presentación de alegatos infundados por el deudor con la sola finalidad de demorar la ejecución.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el alcance que se ha de dar al control judicial del procedimiento de ejecución. El Grupo de Trabajo podrá considerar al respecto (véanse párrs. 19 a 25 y 30 a 34):*

a) si, en el supuesto de una garantía real sin desplazamiento, debe preverse alguna intervención pública para poner el bien gravado en manos del acreedor garantizado o si debe facultarse al acreedor garantizado para sustraer el bien gravado del control del deudor, a reserva de que se respeten ciertas reglas destinadas a salvaguardar la paz pública; y

b) si, a reserva de toda norma y práctica comercial que sirva de salvaguarda contra posibles abusos, debe facultarse al acreedor garantizado para disponer del bien gravado, ya sea directamente o por medio de un procedimiento sujeto a supervisión judicial.]

43. Debe permitirse que el deudor o el otorgante rediman, a raíz de un incumplimiento, los bienes gravados reembolsando la suma pendiente de la obligación garantizada con sus intereses y los gastos de la vía ejecutoria seguida hasta el momento de la redención.

44. Deberá determinarse por ley cómo se ha de hacer la distribución del producto de todo acto de enajenación. Ese producto deberá distribuirse por el orden siguiente: todo gasto justificado incurrido en el curso de la enajenación; la obligación garantizada; toda otra obligación garantizada; devolviéndose toda suma sobrante, de haber alguna, al otorgante. Si la cuantía del producto destinada a satisfacer la obligación garantizada resulta insuficiente, el acreedor garantizado deberá conservar un crédito no garantizado por el importe insatisfecho frente al deudor. La enajenación de los bienes gravados deberá poner término a la operación de garantía.

45. Tal vez se hayan de prever reglas especiales para la enajenación de los bienes inmateriales, de los títulos negociables y de los bienes accesorios de un inmueble. La ley deberá estatuir ciertas pautas orientadoras respecto del procedimiento a seguir cuando una única operación conlleve garantías reales sobre bienes tanto muebles como inmuebles.

46. Se habrá de coordinar el régimen especial de las garantía reales con el derecho procesal civil general con miras a facultar a todo acreedor garantizado para intervenir en un procedimiento de insolvencia en defensa de su garantía real o de la prelación de su crédito garantizado.

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-37	980
X. Insolvencia	1-37	980
A. Observaciones generales	1-30	980
1. Introducción	1-6	980
a) Alcance y contexto comercial	1-5	980
b) Terminología	6	981
2. Objetivos clave	7-10	982
3. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia	11-30	983
a) Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia	11-15	983
b) Limitaciones de la ejecutoriedad de las garantías reales	16-21	984
c) Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia	22-23	985
d) Validez de las garantías reales y acciones de impugnación	24	986
e) Prelación relativa de las garantías reales	25-27	986
f) Planes de reorganización	28-30	987
B. Resumen y recomendaciones	31-37	988

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

X. Insolvencia

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Alcance y contexto comercial

1. En el presente capítulo se examinan los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre todo derecho ejecutorio de que disponga un acreedor garantizado. Debe por ello ser leído a la luz de la Guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el régimen de la insolvencia, en la que se examinan las cuestiones que son objeto del presente capítulo en el marco más amplio del régimen de la insolvencia (ver A/CN.9/WG.V/WP.57, A/CN.9/WG.V/WP.58 y A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1 y 2).

2. Si bien es probable que en un ordenamiento jurídico el régimen de la insolvencia sea distinto del régimen de las operaciones garantizadas, ambos regímenes se ocupan de las relaciones entre el deudor y sus acreedores y ambos tratan de imponer al deudor cierta disciplina crediticia. Una reglamentación eficaz en cualquiera de las dos esferas contribuirá al buen funcionamiento de la reglamentación aplicable en la otra. El régimen de las operaciones garantizadas puede, por ejemplo, mejorar la disponibilidad de crédito, facilitando así la buena marcha del negocio y disminuyendo el riesgo de insolvencia. Un buen régimen de las operaciones garantizadas puede promover asimismo un comportamiento responsable de los acreedores, en la medida en que les exija que supervisen la solvencia crediticia del deudor frente a sus obligaciones, previniendo así el peligro de que el deudor se endeude demasiado y corra el riesgo de incurrir en insolvencia.

3. No obstante, puede haber roces en ciertos puntos de intersección entre el régimen de las operaciones garantizadas y el régimen de la insolvencia, por razón del diverso enfoque de uno y otro régimen respecto de la deuda. El régimen de las operaciones garantizadas tiene por objeto asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones, mientras que el régimen de la insolvencia se ocupa de todo supuesto en el que el deudor no pueda cumplir sus obligaciones. El régimen de las operaciones garantizadas trata de dotar a determinados acreedores de un derecho ejecutorio eficaz que haga sumamente probable el cumplimiento de la obligación que les sea respectivamente debida. El régimen de la insolvencia trata, en cambio, de mejorar las probabilidades de que se reembolsará en lo posible a todos los acreedores evitando toda carrera entre ellos por desmembrar el patrimonio de su común deudor. El legislador deberá tener esta influencia recíproca en cuenta, ya que toda reforma de uno de estos regímenes puede dificultar y elevar el costo de ciertas operaciones financieras que dependan del buen funcionamiento del otro. Por ello, todo país que desee reformar su derecho interno en este campo deberá determinar todo punto de conflicto eventual entre los derechos y obligaciones que dependan de uno u otro régimen, procurando conciliarlos en lo posible.

4. El régimen de la insolvencia suele prever dos categorías básicas de procedimiento: la liquidación (que supone la clausura del negocio del deudor y la subsiguiente liquidación y distribución de la masa de la insolvencia), y la reorganización (destinada a maximizar el valor de la masa a fin de obtener el reembolso más completo posible de los créditos de todos los acreedores, procurando salvar el negocio en vez de liquidarlo). En todo procedimiento de liquidación, se le encomienda al representante de la insolvencia la tarea de reunir los bienes de la masa de la insolvencia para proceder a su venta o enajenación, con miras a distribuir el producto de dicha venta entre los acreedores del deudor. A fin de maximizar el valor de liquidación de esos bienes, el representante tal vez decida proseguir el negocio del deudor durante cierto tiempo a fin de vender su empresa como negocio en marcha, en vez de vender los diversos bienes por separado. En un procedimiento de reorganización se parte, por el contrario, del supuesto de que la empresa del deudor insolvente será mantenida como negocio en marcha. En ambos casos la meta del procedimiento es maximizar el valor del negocio del deudor tratando de ayudar al deudor a superar sus dificultades financieras y a reanudar y proseguir el curso normal de sus operaciones comerciales.

5. Además de las vías legalmente establecidas para el procedimiento de insolvencia, están surgiendo nuevas formas de resolver estas crisis (por ejemplo, mediante arreglos extrajudiciales entre los acreedores del deudor insolvente). Estas nuevas vías responden a la necesidad de respaldar la estabilidad económica mediante el rápido ajuste de los créditos debidos a entidades financieras cuando resulte incierto que las instituciones competentes en materia de insolvencia puedan actuar con rapidez y eficacia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta en sus deliberaciones que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) está estudiando estas vías alternativas (ver A/AC.9/507 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1)*.]

b) Terminología

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las definiciones que figuran a continuación deben ser trasladadas al capítulo I (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1)*.]

6. En el presente capítulo se han utilizado los términos que figuran a continuación con el sentido indicado:

Deudor insolvente: Por “deudor insolvente” se entenderá toda persona [o entidad] que lleve un negocio y que satisfaga los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento de insolvencia y sea objeto de ese procedimiento; podrá ser tenido por deudor insolvente tanto el “deudor” o el “otorgante” en el sentido dado a estos términos en la presente Guía.

Procedimiento de insolvencia: Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo que suponga que el deudor insolvente quede [parcial o totalmente] privado de su posición al frente de su negocio y se nombre un representante de la insolvencia [para la liquidación de la empresa o para su

reorganización] [para seguir un procedimiento que podrá ser de reorganización de la empresa o de liquidación de la misma].

Representante de la insolvencia: Por "representante de la insolvencia" se entenderá toda persona [o entidad] nombrada por el tribunal para que se haga cargo de la administración del patrimonio del deudor [, supervisando y prestando asistencia en la gestión del negocio,] con miras a proceder a la reorganización o la liquidación de la empresa.

Crédito garantizado: Por "crédito garantizado" se entenderá todo crédito presentado en un procedimiento de insolvencia, que esté respaldado por una garantía real.

2. Objetivos clave

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe incluirse el examen de los siguientes objetivos clave en el capítulo I (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1)*.]

7. Toda norma legal que se ocupe de los derechos de un acreedor garantizado al abrirse un procedimiento de insolvencia contra su deudor o contra el otorgante de su garantía debe estar pensada en aras de facilitar la ejecución de la garantía, definiendo un orden de prelación claro y respetando la autonomía contractual de las partes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, secciones D, E y G).

8. De ser una garantía real válida al margen de un procedimiento de insolvencia de tal modo que surta efecto no sólo frente al deudor sino también frente a terceros, su validez debe ser igualmente reconocida en un procedimiento de insolvencia. De igual modo, si una garantía real goza de prelación sobre el crédito de algún otro acreedor al margen del procedimiento de insolvencia, la apertura de este procedimiento no debe alterar el orden de prelación de esos créditos. Debe limitarse en lo posible toda excepción a esta regla que debe ser clara y transparente a fin de que todo financiero eventual pueda calcular el riesgo de impago para incorporarlo al costo de la operación de crédito (ver asimismo el objetivo 7 en A/CN.9/WG.V/WP.57, párr. 21).

9. Debe coordinarse el régimen de las operaciones garantizadas con el de la insolvencia en lo relativo a la ejecutoriedad de las garantías reales. Como ya se indicó (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9, párr. 4) el acreedor garantizado tendrá en cuenta todo límite impuesto al ejercicio de sus derechos por la apertura de un procedimiento de insolvencia al decidir si otorgará o no crédito a un deudor y el precio del crédito otorgado. Además, la existencia de esos límites dará un incentivo a los demás acreedores para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia cuando el deudor esté en dificultades financieras, limitando así los derechos del acreedor garantizado y elevando la probabilidad de que sus propios créditos frente al deudor sean reembolsados.

10. La mayoría de los ordenamientos reconocen la autonomía contractual de las partes. Puede haber, no obstante razones para restringir el ejercicio por el acreedor garantizado de su garantía real en determinados supuestos, una vez abierto un procedimiento de insolvencia contra el deudor. De ser este el caso, lo importante es que haya certidumbre. Cuanto más previsibles sean esos límites y cuanto mejor se salvaguarde el valor económico de la garantía real, menor será la merma ocasionada

por esos límites al aliciente financiero que, por lo demás, supone para el acreedor el respaldo de una garantía real.

3. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia

a) Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia

11. Una cuestión inicial es la de saber si la garantía real del acreedor garantizado quedará sujeta al procedimiento de insolvencia o, en otras palabras, la de saber si los bienes gravados entrarán a formar parte de la "masa" creada al abrirse un procedimiento de insolvencia contra el deudor (véase A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 46 y 47). La masa está integrada por todos aquellos bienes del deudor insolvente que vayan a ser puestos bajo administración en el procedimiento de insolvencia.

12. Los efectos de que los bienes gravados sean incluidos en la masa de la insolvencia pueden ser muy diversos. En muchos ordenamientos, esa inclusión limita la ejecutoriedad de la garantía real del acreedor (ver párr. 16). Toda limitación legal de lo negociado entre las partes será tenido en cuenta por los acreedores al decidir si otorgarán o no crédito al deudor y el precio que cobrarán por dicho crédito. Algunos regímenes de la insolvencia, que exigen que todos los bienes del deudor sean incluidos de entrada en la masa de la insolvencia, permiten que los bienes gravados sean separados de la masa si se presenta prueba de que se está causando algún daño o perjuicio a la garantía real del acreedor.

13. A fin de poder determinar si el procedimiento abierto servirá para maximizar la suma reembolsada a los acreedores en general, cabe que el régimen de la insolvencia disponga que todo bien gravado quede inicialmente sujeto a control en el marco del procedimiento abierto. A resultas de ello, cabe que el acreedor garantizado se vea obligado a entregar el bien gravado al representante de la insolvencia. Esta entrega de la posesión puede ser obligatoria no sólo en el supuesto de que se abra un procedimiento de reorganización, sino también en todo procedimiento de liquidación en el que se prevea que el negocio del deudor insolvente seguirá en marcha mientras se van liquidando escalonadamente los bienes de la masa, o mientras subsista la probabilidad de que la empresa pueda ser vendida como negocio en marcha. Como tal vez no sea posible determinar, al abrirse el procedimiento de insolvencia, si conviene o no mantener el negocio en marcha, muchos regímenes de la insolvencia disponen que los bienes gravados formarán parte de la masa durante un cierto plazo.

14. La masa de la insolvencia estará normalmente integrada por todos los bienes sobre los que el deudor insolvente posea algún derecho al declararse abierto el procedimiento de insolvencia. En algunos ordenamientos quedarán fuera de dicha masa todos aquellos bienes sobre los que algún acreedor haya retenido la propiedad o titularidad legal. Cabe citar a título de ejemplo la retención de la propiedad o titularidad por el acreedor garantizado de un arriendo financiero con opción de compra, así como toda transferencia de la propiedad al acreedor garantizado, efectuada a título de garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, secc. III.A.3). En otros ordenamientos, en los que se agrupa este dispositivo jurídico junto con otras formas de garantía crediticia en una única categoría genérica de "garantía real", será aplicable un único régimen a todas las garantías reales, incluso en el marco de un procedimiento de insolvencia, sin que la garantía real constituida en forma de una transferencia de la propiedad sea excepción a dicha regla general. Se trata pues de

una cuestión que ilustra la necesidad de coordinar el enfoque que se vaya a adoptar en el régimen de las operaciones garantizadas con el del régimen de la insolvencia.

15. Algunos acreedores garantizados participarán de todos modos en el procedimiento de la insolvencia, al poseer créditos tanto garantizados como ordinarios. Esta situación puede darse no sólo cuando el acreedor disponga de dos créditos independientes de los que uno sólo esté garantizado, sino también cuando su crédito garantizado lo esté por una suma inferior a su valor total (es decir, cuando el valor del bien gravado sea inferior al de la obligación garantizada del deudor). En ese supuesto, el acreedor garantizado dispondrá de un crédito garantizado hasta el importe del valor del bien gravado y un crédito ordinario por la diferencia entre el valor del bien gravado y el importe total de su crédito (véase también la sección A.3.b *infra*).

b) Limitaciones de la ejecutoriedad de las garantías reales

16. Muchos regímenes de la insolvencia limitan los derechos de los acreedores para entablar actuaciones frente al deudor una vez abierto un procedimiento de insolvencia, mediante la imposición de alguna moratoria o paralización. Esta paralización puede ser automática o legal, o depender de un mandato judicial. En algunos ordenamientos esa paralización será aplicable a todos los acreedores tanto ordinarios como garantizados. Se aducen las mismas razones para paralizar la ejecución de las garantías reales que para incluir los bienes gravados en la masa de la insolvencia. Estas limitaciones pueden, no obstante, tener un efecto adverso sobre la disponibilidad de crédito y sobre su costo, por lo que todo régimen de la insolvencia debe buscar la forma de conciliar estos intereses contrapuestos (véase A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 69 a 82).

17. Con escasas excepciones (ver el párrafo 13 *supra*), la necesidad de paralizar la ejecución de una garantía real será menos acuciante cuando el procedimiento sea de liquidación. En la mayoría de los procedimientos de liquidación, el representante de la insolvencia venderá por separado los bienes de la masa, sin tratar de vender la empresa como negocio en marcha. Ello se debe a diversas razones, entre las que cabe citar el supuesto de que el régimen de la insolvencia no haya previsto que la paralización sea aplicable a los acreedores garantizados, pero que prevea en cambio la apertura de negociaciones entre el deudor insolvente y sus acreedores con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, con miras a optimizar el resultado para todos los interesados. Otra posibilidad consiste en que la paralización sea levantada al término de un breve plazo (por ejemplo de 30 días), salvo que se obtenga un mandato judicial para prorrogar la paralización por algún motivo previsto en el régimen de la insolvencia. Cabe citar como motivos posibles para solicitar esa prórroga que se haya probado que existe una posibilidad razonable de que la empresa pueda ser vendida como negocio en marcha, y de que esa venta maximizará el valor de la empresa para todos los acreedores y no ocasionará ningún perjuicio indebido a los acreedores garantizados.

18. Esa paralización de las actuaciones tiene mayor razón de ser cuando se opta por un procedimiento de reorganización. El objetivo de este procedimiento es reestructurar la empresa de modo que resulte económicamente viable, restaurando así su viabilidad comercial y financiera, y maximizando eventualmente el reembolso de los acreedores. Tal vez sea necesario reestructurar a este fin la financiación de la empresa, condonando ciertas deudas, transformando otras en capital social y

aplazando el reembolso de algunas otras, así como procediendo a la venta de una parte o de la totalidad de la empresa como negocio en marcha. La retirada de los bienes gravados de una empresa puede frustrar toda tentativa de proseguir el negocio y de vender la empresa como negocio en marcha. Por consiguiente, cabe que el régimen de la insolvencia extienda la paralización a los acreedores garantizados durante el tiempo que sea necesario para formular y presentar un plan de reorganización a los acreedores.

19. Si se paraliza toda demanda de ejecución presentada por un acreedor garantizado, el régimen de la insolvencia deberá haber previsto medidas para salvaguardar el valor económico de su garantía real. Cabe citar como salvaguardias eventualmente otorgables: un mandato judicial ordenando el pago en metálico de los intereses debidos por el importe del crédito garantizado; la indemnización de toda merma de valor del bien gravado; y la constitución en garantía de otros bienes adicionales o sucedáneos de los ya gravados.

20. Cabe también que el régimen de la insolvencia exonere al acreedor garantizado de la paralización autorizando, en ciertos casos, al representante de la insolvencia a entregar los bienes gravados al acreedor garantizado. Como posibles motivos para levantar la paralización respecto de esos bienes cabe citar el supuesto de que esos bienes no sean esenciales para la masa de la insolvencia o para la venta de la empresa, así como el supuesto de que no sea viable, o que resulte excesivamente oneroso para la masa, amparar el valor de la garantía real.

21. Cuando el valor de los bienes gravados sea superior al del crédito garantizado, la masa de la insolvencia gozará de un derecho sobre el excedente. De no haberse declarado la insolvencia, el acreedor garantizado tendría que dar cuenta al otorgante de la suma excedentaria reportada por la venta del bien gravado. De enajenarse esos mismos bienes estando abierto un procedimiento de insolvencia, el excedente deberá ser distribuido entre los restantes acreedores. Respecto de a quién incumbe disponer del bien gravado, deberá decidirse si un mismo criterio debe regir la enajenación del bien gravado, tanto si se efectúa al margen como en el marco de un procedimiento de insolvencia, por ejemplo, si el régimen de las operaciones garantizadas prevé que sea el acreedor garantizado quien enajene el bien gravado, la cuestión a resolver será la de determinar, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia, si el acreedor garantizado seguirá estando facultado para enajenar dicho bien o si la enajenación habrá de hacerse bajo el control del representante de la insolvencia.

c) Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia

22. Si se exige que los acreedores garantizados participen en el procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia deberá prever alguna vía para que esa participación sea conducente a la salvaguarda de los derechos de esos acreedores (ver A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 199 a 203). Por ejemplo, al notificarse a los acreedores la apertura de un procedimiento de insolvencia se deberá indicar a todo

acreedor garantizado si deberá o no presentar su crédito al concurso general y en qué condiciones deberá hacerlo[1].

23. Además, si el régimen de la insolvencia ha previsto que el representante de la insolvencia sea asesorado por un comité de acreedores, la ley deberá prever una representación adecuada de los acreedores garantizados en ese comité. Podrá optarse entre nombrar representantes de los acreedores garantizados en el comité de acreedores o formar un comité aparte para los acreedores garantizados. Toda inquietud de que las sesiones de un comité general se vean dominadas por los acreedores garantizados, en detrimento de los demás, podría ser mitigada limitando el número de cuestiones sobre las que podrán votar los acreedores garantizados. Por ejemplo, su derecho de voto podría quedar restringido a la selección del representante de la insolvencia y a todo asunto que guarde una relación directa con los bienes gravados o la salvaguarda debida del valor de toda garantía real.

d) Validez de las garantías reales y acciones de impugnación

24. En términos generales, toda garantía real válida al margen de un procedimiento de insolvencia deberá ser tenida por válida en el marco de dicho procedimiento. Ahora bien, podrá impugnarse la validez de una garantía real, en el marco de un procedimiento de insolvencia, por motivos similares a los que puedan ser alegados para impugnar cualquier otro crédito. Muchos ordenamientos permiten, por ejemplo, que el representante de la insolvencia tache de nulidad ("impugne") o invalide de cualquier otro modo toda cesión fraudulenta o preferencial efectuada por el deudor insolvente dentro de cierto plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia. El otorgamiento o la cesión de una garantía real constituye una cesión de un derecho real que estará, por ello mismo, sujeta al régimen general de toda cesión, por lo que si esa cesión ha sido fraudulenta o preferencial, el representante de la insolvencia deberá estar facultado para impugnar o invalidar de algún otro modo la garantía real así cedida. Ello significa que una garantía real, que sea válida con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas de cierto país, podrá ser invalidada, en determinadas circunstancias, con arreglo al régimen de la insolvencia de ese mismo país. (véase A/CN.9/WG.V/WP.58 párrs. 124 a 151).

e) Prelación relativa de las garantías reales

25. En todo régimen de las operaciones garantizadas se define el orden de prelación de los créditos respecto de los bienes gravados (ver capítulo VII). El régimen de la insolvencia puede introducir ciertas alteraciones en ese orden (véase A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 217 a 233). Por ejemplo, sucede a menudo que el régimen de la insolvencia otorga prelación a todo crédito por salarios no cobrados y por prestaciones salariales no percibidas por los empleados, así como a todo crédito fiscal o por concepto de daños ecológicos ("créditos privilegiados"). Si bien la mayoría de los ordenamientos sólo reconocen la prelación de estos créditos respecto de los créditos ordinarios, algunos extienden esa prelación a los créditos garantizados. Conviene, no obstante, limitar el número de excepciones a la prelación de rango supremo del acreedor garantizado, ya que toda incertidumbre respecto del

[1] Respecto de la notificación a los acreedores extranjeros, ver artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y párrs. 106 a 111 de la Guía para su incorporación al derecho interno.

número o la cuantía de esos créditos privilegiados repercutirá negativamente sobre la disponibilidad de crédito financiero y sobre su precio.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el párrafo anterior se trata de la prelación relativa entre los acreedores garantizados y los acreedores privilegiados. Si el régimen de la insolvencia altera el orden de prelación previo a la insolvencia entre los acreedores garantizados y los acreedores ordinarios, se estará dando un incentivo a los acreedores ordinarios para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Si bien es posible que ello incentive a su vez a los acreedores garantizados a supervisar mejor al deudor, deberá en todo caso evitarse que esos regímenes den motivo para que se abuse del régimen de la insolvencia, utilizándolo como método para cobrar más por sus deudas por parte de los acreedores ordinarios. El proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia no recomienda que se altere en modo alguno la prelación relativa de los acreedores garantizados frente a los acreedores ordinarios. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si se debe incluir el examen de este punto en el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas*.]

26. El representante de la insolvencia podrá incurrir en gastos por concepto de mantenimiento de los bienes gravados, que deberá poder pagar con cargo a los fondos generales de la masa de la insolvencia. Dado que esos gastos de administración preservan el valor económico de la garantía real, no otorgarles prelación sobre el crédito del acreedor garantizado supondría un enriquecimiento injusto del acreedor garantizado a expensas de los acreedores ordinarios. Conviene, no obstante, que el régimen de la insolvencia limite esa prelación a todo gasto justificado, no dando así lugar a que se incurran en gastos injustificados por ese concepto.

27. Cabe que el representante de la insolvencia esté facultado para constituir una garantía real, sobre bienes ya gravados con anterioridad a la apertura del procedimiento, a favor de todo acreedor que ofrezca algún nuevo crédito a la masa de la insolvencia. Cabe preguntarse en este supuesto si se podrá otorgar prelación al acreedor garantizado con posterioridad a la apertura del procedimiento sobre las garantías reales de acreedores previamente garantizados. En aquellos ordenamientos en los que se permita otorgar esta prelación, raras veces podrá hacerse sin el consentimiento de aquellos acreedores garantizados que vayan a quedar subordinados (véase A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 187 a 190).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en más detalle el orden de prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura de un procedimiento, así como las condiciones mínimas en las que sea aceptable otorgar prelación a un acreedor garantizado con posterioridad a la apertura del procedimiento sobre un acreedor garantizado con anterioridad a dicha apertura*.]

f) Planes de reorganización

28. El objetivo principal de todo procedimiento de reorganización es maximizar el valor del negocio del deudor (y el reembolso de sus créditos a los acreedores) formulando un plan para su reorganización (véase A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 261

a 286). Toda paralización de las actuaciones judiciales durante la formulación de un plan podrá aplazar el ejercicio de sus derechos por un acreedor garantizado, pero sin que sea necesario que ello afecte a la garantía real en sí. Ahora bien, una vez que se haya formulado ese plan, surge la cuestión de quién deberá aprobar ese plan para que surta efecto frente a todos los interesados (respecto de la aprobación del plan por los acreedores garantizados, véase A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 276 y 277). Otra cuestión es la de quién deberá quedar vinculado por el plan. Si los acreedores garantizados no quedan vinculados por el plan, al poder disponer del valor económico pleno de sus garantías reales, la aprobación de esos acreedores no será necesaria, por no haberse menoscabado en modo alguno la integridad de su garantía real.

29. Ahora bien, si la reorganización no es viable sin que los acreedores garantizados consientan en percibir algo menos del pleno valor de su garantía real, conforme a la mayoría de los regímenes de insolvencia será preciso que esos acreedores aprueben el plan con arreglo a una mayoría calculada en función del número de acreedores y del importe de sus respectivos créditos. Algunos ordenamientos permiten que los acreedores garantizados voten como categoría respecto de todo plan que pueda menoscabar sus créditos. Aun cuando el voto afirmativo de esos acreedores, emitido en el seno de su propia categoría, sea tenido por vinculante para todo acreedor garantizado discrepante, esos regímenes suelen exigir que todo acreedor discrepante reciba como mínimo lo que hubiera recibido de haberse procedido a la liquidación de la empresa.

30. En la mayoría de los regímenes de la insolvencia se exige que el plan de reorganización propuesto sea confirmado por el tribunal competente. En algunos ordenamientos es el propio régimen de la insolvencia el que determina cuáles son los motivos por los que un tribunal podrá rechazar el plan. Entre esos motivos suele figurar la falta de viabilidad del plan propuesto por no ser vinculante para los acreedores garantizados que podrán retirar de la masa ciertos bienes esenciales para la viabilidad futura del negocio. En esos supuestos, algunos regímenes han previsto que el tribunal pueda declarar a esos acreedores vinculados al plan, si se cumplen ciertas condiciones. Entre esas condiciones cabe citar la de que el tribunal ordene la imposición de medidas que salvaguarden debidamente el valor económico de las garantías reales.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el régimen jurídico aplicable a las garantías reales en una reestructuración extrajudicial habida cuenta de las deliberaciones al respecto en el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) (véase A/CN.9/507, párr. 244 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1)*.]

B. Resumen y recomendaciones

31. Todo régimen de las operaciones garantizadas deberá establecer reglas de prelación claras, facilitar la ejecución de las garantías y reconocer la autonomía contractual de las partes. Toda excepción a dicho régimen deberá ser de alcance limitado, bien definido y transparente.

32. En principio, los bienes gravados deberán formar parte de la masa de la insolvencia. El que todo bien que haya sido objeto de un arreglo de retención o de transferencia de la titularidad (ver capítulo III, sección A.3) deba o no formar parte de la masa de la insolvencia dependerá de que esa forma de transferencia o retención de la propiedad a título de garantía sea o no incorporada a la categoría general de las garantías reales.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si los arreglos de transferencia o retención de la titularidad son o no asimilables a la categoría general de las garantías reales*.]

33. De exigirse que los acreedores garantizados participen en el procedimiento de insolvencia, ese régimen deberá velar por que esa participación sirva para amparar los derechos de esos acreedores.

34. La diferencia existente entre un procedimiento de insolvencia destinado a liquidar el patrimonio de un deudor insolvente y un procedimiento destinado a reorganizar el negocio del deudor insolvente aboga en favor de que el régimen aplicable a las garantías reales sea distinto en uno y otro procedimiento.

35. Con escasas excepciones (ver el párrafo 13 *supra*), la necesidad de paralizar la ejecución de la garantía real será menos imperiosa cuando el procedimiento de insolvencia sea de liquidación y no de reorganización. El alcance y la duración de la paralización y los motivos por los que pueda ser levantada deberán ser ajustados en función de esa distinción. En todo caso, se deberá dar a los acreedores garantizados salvaguardias que amparen adecuadamente el valor económico de sus garantías reales siempre que se demore la ejecutoriedad de su garantía real por medio de una paralización.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la determinación de quién deberá encargarse de la enajenación de los bienes gravados, en el marco de un procedimiento de insolvencia, debe efectuarse con arreglo a los mismos criterios que al margen de ese procedimiento*.]

36. A reserva de toda acción de impugnación que pueda presentarse, toda garantía real creada con anterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia deberá ser igualmente válida con posterioridad a la apertura de ese procedimiento.

37. Por regla general, la apertura de un procedimiento de insolvencia no deberá alterar la prelación de todo crédito garantizado con anterioridad a la apertura de ese procedimiento. La certeza y transparencia de toda excepción necesaria a dicha regla ayudará a evitar su repercusión negativa sobre la disponibilidad y el precio del crédito otorgado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se debe o no dar prelación a la financiación, negociada con posterioridad a la apertura del procedimiento, que vaya a ser respaldada por una garantía real constituida sobre bienes ya gravados con anterioridad a dicha apertura a favor de otros acreedores garantizados y, en dicho caso, bajo qué condiciones*.]

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-25	990
XI. Conflicto de leyes y aplicación territorial	1-25	990
A. Observaciones generales	1-24	990
1. Introducción	1-7	990
a) Finalidad de las reglas sobre conflictos de leyes	1-4	990
b) Alcance de las reglas sobre conflictos de leyes	5-7	992
2. Reglas sobre conflictos de leyes para la constitución, divulgación y prelación de garantías reales	8-14	993
3. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión	15-18	994
4. Reglas de conflictos de leyes para cuestiones de índole ejecutoria	19-24	995
B. Resumen y recomendaciones	25	997

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

XI. Conflicto de leyes y aplicación territorial

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Finalidad de las reglas sobre conflictos de leyes

1. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución, divulgación, prelación y ejecución de una garantía real. Se trata de las reglas generalmente denominadas de conflictos de leyes, que determinan también el ámbito territorial de aplicación de las reglas de fondo enunciadas en la Guía. Por ejemplo, si un Estado ha promulgado las reglas de fondo previstas en la presente Guía en lo referente a la prelación de un derecho real de garantía, esas reglas sólo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen

en el Estado promulgante cuando la regla sobre conflictos de leyes en cuestiones de prelación se remita a la legislación de dicho Estado. Si la regla sobre conflictos de leyes dispone que el régimen aplicable en materia de prelación será el de otro Estado, se determinará la prelación relativa de cada reclamación conforme al derecho de ese otro Estado, y no con arreglo al régimen de la prelación del Estado promulgante.

2. Puede darse el caso de que, siendo ya eficaz el derecho real de garantía, se produzca un cambio en el factor de conexión que influya en la determinación del derecho aplicable. Por ejemplo, si una garantía constituida sobre bienes corporales ubicados en el Estado A se rige por la ley del Estado en que se encuentran los bienes, puede plantearse un conflicto si los bienes que están sujetos a una garantía real en ese Estado son trasladados al Estado B (en virtud de cuya legislación los derechos de garantía sobre bienes corporales se rijan también por el criterio de la ubicación de los bienes corporales). Una de las soluciones consistiría en que la garantía siguiera siendo eficaz en el Estado B sin necesidad de que se adoptaran otras medidas en dicho Estado. Otra posibilidad consistiría en que debiera constituirse una nueva garantía con arreglo a la legislación del Estado B. Habría una tercera opción consistente en que se preservara el derecho preexistente del acreedor garantizado a reserva de que se cumplieran ciertas formalidades en el Estado B en un determinado plazo (por ejemplo, en los 30 días siguientes al traslado de los bienes al Estado B). En algunos países, las reglas de conflictos de leyes resuelven estas cuestiones. En el presente capítulo se propone una regla general al respecto.

3. Las reglas de conflictos de leyes deben reflejar los objetivos de un régimen eficiente de las operaciones garantizadas. A los efectos del presente capítulo, esto significa que la ley aplicable a los aspectos de propiedad de una garantía real deben poder determinarse fácilmente; concretamente, la certeza es un objetivo fundamental que debe tenerse en cuenta en la elaboración de reglas que afecten a las operaciones garantizadas tanto en lo relativo a los problemas de fondo como en lo que respecta a los conflictos de leyes. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Tal como se ha indicado en las explicaciones del párrafo anterior, las reglas sobre conflictos de leyes deben mantener la validez de las garantías reales constituidas conforme a las leyes del Estado A si, al producirse un cambio en el factor de conexión para seleccionar el derecho aplicable, la garantía real pasa a estar sujeta a las leyes del Estado B. Un tercer objetivo fundamental de todo buen régimen de conflicto de leyes es que las reglas pertinentes sean acordes con las expectativas razonables de las partes interesadas (acreedor, deudor y terceros). Para ello, muchas opiniones coinciden en que es preciso que el derecho aplicable a una garantía real guarde cierta relación con las circunstancias que se regirán por ese derecho.

4. La Guía, incluido el presente capítulo, ayudará a los distintos legisladores a adoptar reglas que reduzcan los riesgos y los costos resultantes de las diferencias entre las reglas de conflictos de leyes. Normalmente, en una operación garantizada, el acreedor garantizado quiere asegurar que sus derechos se reconozcan en todos los Estados en que pueda tener que ejecutar su garantía (incluso en aquellos en que se administre la insolvencia del deudor). Si esos Estados tienen distintas reglas de conflictos de leyes para el mismo tipo de bienes gravados, el acreedor, para estar plenamente protegido, deberá atenerse a más de un régimen. La ventaja de una armonización de las distintas reglas de conflictos de leyes es que el acreedor sólo necesitará conocer una ley para determinar la prelación de su garantía en todos esos

Estados. Éste es uno de los objetivos logrados, con respecto a los créditos, por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En este contexto, cabría remitirse a la convención que adopte la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre el derecho aplicable a la enajenación de valores en posesión de intermediarios, actualmente en preparación*.]

b) Alcance de las reglas sobre conflictos de leyes

5. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas sobre conflictos de leyes. Normalmente, a efectos de conflictos de leyes, la caracterización de una garantía real reflejará el régimen de las garantías reales en un determinado ordenamiento jurídico. No obstante, se plantea la cuestión de si las reglas sobre conflictos de leyes aplicables a las garantías reales deberían afectar también a otras operaciones funcionalmente similares a la garantía, aunque no entren en el ámbito de aplicación de un régimen de las operaciones garantizadas. Cuando los acuerdos de reserva de titularidad, los arrendamientos financieros, las consignaciones y otras operaciones similares no se rijan por las normas de derecho sustantivo, un Estado puede aun así hacerlas depender de las reglas de conflictos de leyes aplicables a las operaciones garantizadas.

6. Se plantea un problema similar con respecto a ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía para las cuales es conveniente que el régimen aplicable a la constitución, divulgación y prelación sea el mismo que para una garantía real sobre la misma categoría de bienes. Cabe citar, como ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (y sus reglas sobre conflictos de leyes), que se aplica a las transferencias puras y simples de créditos, así como a los derechos de garantía sobre créditos. Este criterio obedece, entre otras cosas, a la necesidad de remitirse a una única ley para determinar la prelación entre las diversas partes reclamantes de un mismo crédito. En caso de conflicto de prelación entre el comprador de un crédito y el acreedor titular de una garantía sobre el mismo crédito, sería más difícil (y a veces imposible) determinar quién goza de prelación si la prelación del comprador se rigiera por las leyes del Estado A mientras que la del acreedor garantizado se rigiera por las leyes del Estado B.

7. Sea cual sea la decisión que adopten los legisladores sobre la gama de operaciones que entren en el ámbito de las reglas sobre conflictos de leyes, el alcance de esas reglas se limitará a los aspectos de propiedad de esas operaciones, que son cuestiones que están al margen de la libertad contractual. Así pues, una regla sobre el derecho aplicable a la constitución de una garantía real determinará únicamente la ley que rija la constitución de un derecho real. La regla no sería aplicable a las obligaciones personales que tuvieran las partes en virtud de su contrato.

2. Reglas sobre conflictos de leyes para la constitución, divulgación y prelación de garantías reales

8. En general, la determinación del alcance de los derechos que confiere una garantía real requiere un análisis en tres etapas de las siguientes cuestiones:

a) La cuestión de si la garantía se ha constituido válidamente (véase el capítulo IV);

b) La cuestión de si la garantía es eficaz frente a terceros (véanse los capítulos V y VI); y

c) La cuestión del grado de prelación del acreedor garantizado (véase el capítulo VII).

9. No todos los ordenamientos jurídicos hacen distinciones conceptuales específicas sobre estas cuestiones. En algunos de ellos, el hecho de que un derecho real se haya constituido válidamente implica necesariamente que ese derecho es eficaz frente a terceros. Además, los ordenamientos jurídicos que distinguen claramente estas tres cuestiones no siempre establecen un régimen distinto para cada una de ellas. Por ejemplo, en el caso de una prenda con desplazamiento de la posesión en que se cumplan los requisitos para la validez de un derecho de garantía sobre un bien, la garantía es eficaz frente a terceros sin necesidad de adoptar ninguna otra medida.

10. La cuestión clave es la aplicabilidad de un único régimen de conflicto de leyes a las tres cuestiones. La otra posibilidad consiste en prever una mayor flexibilidad cuando resulte más apropiado que la ley aplicable a la divulgación o a la prelación sea distinta de la que rija la constitución del derecho. En aras de la simplicidad y de la certeza puede ser aconsejable adoptar una única regla que rija a la vez la constitución, la divulgación y la prelación de las garantías. Como ya se ha indicado, en los diferentes ordenamientos jurídicos no siempre se hace ni se entiende de igual modo esa distinción, con lo cual la implantación de distintas reglas sobre conflictos de leyes para estas cuestiones puede complicar el análisis o crear incertidumbre. No obstante, hay casos en que, al establecerse una regla distinta para las cuestiones de prelación, conviene tener en cuenta los intereses de terceros como, por ejemplo, los titulares de garantías no consensuales.

11. Otra importante cuestión es la de si, tanto si se trata de constitución como de divulgación o prelación de las garantías, conviene o no que la regla pertinente sobre conflictos de leyes sea aplicable tanto a los bienes corporales como a los bienes inmateriales. De ser así se favorecería una regla basada en el Estado de ubicación del otorgante. Otra posibilidad consistiría en fijar el criterio del lugar en que se encuentra el bien gravado (*lex situs*), lo cual tendría, no obstante, el inconveniente de no ajustarse al caso de los créditos y a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

12. Las consideraciones de simplicidad y certeza aconsejan que se adopte un mismo régimen sobre conflictos de leyes tanto para los bienes corporales como para los bienes inmateriales, especialmente si se aplica el mismo derecho a la constitución, a la divulgación y a la prelación de las garantías. Conforme a este criterio, bastaría con una consulta para cerciorarse de qué bienes del deudor están gravados por garantías reales. No habría necesidad de orientación si cambiara la

ubicación de los bienes gravados y tampoco haría falta distinguir entre la ley aplicable a los derechos con desplazamiento de la posesión y la aplicable a los derechos sin desplazamiento (ni determinar cuál de ellos prevalecería cuando hubiera un conflicto entre un derecho con desplazamiento que se rigiera por la ley del Estado A y una garantía sobre el mismo bien, pero sin desplazamiento, que se rigiera por la ley del Estado B).

13. Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos consideran que la ley del Estado de ubicación del otorgante guarda suficiente relación con las garantías sobre bienes corporales (o, por lo menos, con los bienes "no móviles"). Además, convendría que la ley que rigiera la garantía fuera la misma que la que rigiera la venta de los mismos bienes. Esto significa que sólo sería viable aceptar la ley del otorgante para cada tipo de garantía si en general los ordenamientos jurídicos estuvieran dispuestos a aceptar esa regla para todas las transferencias.

14. Además, está casi universalmente aceptado que toda garantía con desplazamiento de la posesión debe regirse por la ley del lugar en que se encuentran los bienes; así pues, la adopción de la ley del Estado otorgante para las garantías con desplazamiento iría en contra de las expectativas razonables de los simples acreedores. En consecuencia, aun cuando la regla general fuera la del Estado de ubicación del otorgante, habría que hacer una excepción para las garantías reales con desplazamiento de la posesión.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Si se limita el ámbito de aplicación de la presente Guía a los bienes comerciales, al equipo y a los créditos comerciales, tal vez resulte innecesario decidir si debe haber un régimen especial sobre conflictos de leyes para ciertas categorías de bienes inmateriales, como los créditos no comerciales, los valores bursátiles, los depósitos bancarios, las cartas de crédito y la propiedad intelectual. No obstante, convendría estudiar la cuestión, dado que a menudo el patrimonio de una empresa consta de una parte notable de bienes de estas categorías. En particular, la falta de reglas sobre conflictos de leyes aplicables a la propiedad intelectual podría crear grandes dificultades en las operaciones comerciales.*

Por lo demás, habida cuenta de que las reglas sobre conflictos de leyes de la presente Guía podrían interferir en algunos aspectos de las reglas preparadas por otras organizaciones internacionales (por ejemplo, en las de la Conferencia de La Haya sobre los valores en posesión de intermediarios), el Grupo de Trabajo tal vez desee velar por la coherencia entre todas esas reglas y evitar así divergencias.]

3. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión

15. Cualquiera que sea el factor de conexión retenido para determinar la regla de conflictos de leyes que se estime más idónea para la cuestión controvertida, puede producirse algún cambio de índole operativa o circunstancial en ese factor, que lleve a declarar aplicable a la garantía una ley distinta, estando ya creada la garantía real. Por ejemplo, cuando la ley aplicable sea la del tribunal en cuyo territorio jurisdiccional el otorgante tenga su oficina central, cabe que el otorgante traslade su oficina central al territorio de otro país. De modo parecido, cuando la ley aplicable sea la del territorio donde estén ubicados los bienes gravados, cabe que esos bienes sean trasladados al territorio de otro país.

16. De no resolverse explícitamente estas cuestiones, cabría sobrentender una regla de derecho implícito al respecto. Cabría entender el régimen general de conflictos de leyes en materia de constitución de garantías reales, y en materia de publicidad y orden de prelación de las mismas, en el sentido de que, en el supuesto de producirse un cambio circunstancial en el factor de conexión determinante, la ley, inicialmente aplicable, seguirá siéndolo a toda cuestión que haya surgido antes de producirse el cambio (por ejemplo, a la constitución de la garantía), mientras la nueva ley, que sea subsiguientemente aplicable lo será a todo suceso que se produzca con posterioridad al cambio (por ejemplo, una cuestión de prelación que surja ulteriormente entre dos acreedores concurrentes).

17. El silencio de la ley en estas cuestiones pudiera, no obstante, dar lugar a interpretaciones divergentes. Por ejemplo, cabría entender que la ley aplicable subsiguiente pasará a regir también la constitución de la garantía de surgir una controversia de prelación con posterioridad al cambio sobrevenido (arguyendo que todo tercero que negocie con el deudor debe poder determinar la ley aplicable a toda cuestión que pueda surgir, fiándose de la determinación actual del factor de conexión, que sería la ley que ese factor declare aplicable en la fecha de su trato con el deudor).

18. Parece aconsejable formular una regla aplicable a estas cuestiones con miras a eliminar toda incertidumbre que pudiera haber, en particular, de producirse un cambio operativo en el factor de conexión que haga que ese factor deje de remitir a la ley de un Estado donde no se ha promulgado un régimen inspirado en las directrices formuladas en la presente Guía y pase a remitir a la ley de un Estado donde sí se ha promulgado un régimen inspirado en esas directrices.

4. Reglas de conflictos de leyes para cuestiones de índole ejecutoria

19. Cuando se haya constituido una garantía real y se le haya dado publicidad con arreglo al derecho interno de un Estado, pero se desea que esa garantía sea ejecutoria en el territorio de otro Estado, cabe preguntarse cuál será la vía o los medios ejecutorios de que dispondrá, en ese país, el acreedor garantizado. Esta cuestión puede ser de suma importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, cabe que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado para ejecutarla sin recurso previo a la vía judicial (vía de ejecución privada o "*self-help*"), salvo que haya riesgo de ruptura de la paz social, mientras que la ley del lugar, donde se pretende ejecutar esa garantía, requiera una intervención judicial al respecto. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

20. Una de esas opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar donde se desee aplicarla, por ejemplo a la ley del foro (*lex fori*). Cabe aducir las siguientes razones a favor de esta regla:

a) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría con la ley normalmente aplicable a toda cuestión de índole procesal;

b) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría, en todo supuesto normal, con la ubicación de los bienes que vayan a ser objeto de la medida ejecutoria prevista (y podría coincidir asimismo con la ley aplicable al orden de prelación de los créditos, si las reglas de conflictos de leyes de la ley del foro designan la ley del

lugar, de la ubicación de los bienes, como ley aplicable a las cuestiones de prelación);

c) Los requisitos aplicables serían los mismos para todo acreedor que trate de ejercitar algún derecho contra los bienes del deudor, con independencia de que esos derechos tengan su origen en el derecho interno o en la ley de otro país.

21. Ahora bien, cabe que, la *lex fori* no responda a las expectativas de las partes. Cabe que las partes hayan previsto que sus respectivos derechos y obligaciones, de haberse de recurrir a la vía ejecutoria, serán determinados por la ley del lugar donde se haya constituido la garantía real. Por ejemplo, de permitirse la ejecución privada ("*self help*") de la garantía real con arreglo a la ley del país donde se creó la garantía, el acreedor garantizado podría recurrir, conforme a esas expectativas, a la ejecución privada en el territorio del Estado donde haya de ejecutar su garantía, aun cuando el derecho interno de ese Estado no faculte normalmente para recurrir a ese vía (denominada de "*self help*").

22. Una solución que responda a toda expectativa justificada de las partes se traduciría en una regla que remitiera toda cuestión relativa a la vía ejecutoria a la ley aplicable a la creación de la garantía real. Esta solución evitaría tener que separar las cuestiones relativas a la vía ejecutoria de la garantía real de las relativas a la índole de los derechos conferidos por dicha garantía. Esa separación no parece justificada cuando el recurso a la vía ejecutoria guarde relación estrecha con los atributos conferidos por la garantía real a su beneficiario (por ejemplo, las medidas de que disponga un vendedor condicional pueden ser vistas como justificadas por el hecho de que siga siendo el propietario legítimo de los bienes). En la medida en que las reglas de conflictos de leyes aplicables a la prelación sean las mismas que las aplicables a la creación y publicidad de la garantía, otra ventaja de esta solución consistiría en que la ley de un solo país sería aplicable a las cuestiones relativas a la creación de la garantía real y a las cuestiones relativas a todo recurso eventual a la vía ejecutoria para hacer valer esa garantía.

23. Una tercera opción sería la de adoptar una regla por la que la ley aplicable a la relación contractual entre las partes sea igualmente aplicable a la vía ejecutoria de la garantía real. Esto respondería a las expectativas de las partes y coincidiría también, en muchos supuestos, con la ley aplicable a la constitución de la garantía real, dado que esa ley suele ser designada como ley aplicable al contrato. Ahora bien, conforme a este enfoque, las partes gozarían de autonomía para elegir, como ley aplicable a toda cuestión de índole ejecutoria, una ley distinta de la *lex fori* o de la ley aplicable a la constitución, la publicidad o la prelación de la garantía real. Esta solución podría ser desfavorable a todo tercero que tal vez se vea así privada de toda pista segura para determinar la índole de las medidas ejecutorias de que disponga el acreedor garantizado sobre determinados bienes de su común deudor.

24. Por ello, toda remisión de las cuestiones ejecutorias a la ley aplicable a la relación contractual de las partes deberá estar complementada por excepciones que amparen los derechos de terceros, y deberá remitir también a toda regla de derecho imperativo, por lo demás aplicable, de la *lex fori* o de la ley aplicable a las cuestiones de validez y de publicidad de la garantía real. Toda cuestión de índole procesal se regirá, en cualquier caso, por la *lex fori*. A resultas de todo ello, diversas cuestiones de interés para la vía ejecutoria podrían tener por ley aplicable el derecho interno de diversos países.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Cabría también considerar el impacto eventual de la insolvencia sobre toda regla de conflictos de leyes aplicable a las medidas ejecutorias, y sobre si convendría que la Guía abordara esta cuestión o sería preferible dejarla al arbitrio de lo que se decida en el contexto del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*.]

B. Resumen y recomendaciones

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Respecto de la ley aplicable a la creación, la publicidad y la prelación de las garantías reales, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las siguientes variantes*:

Variante 1

Regla general: La creación, la publicidad y la prelación de toda garantía real constituida sobre bienes corporales o sobre bienes inmateriales se regirán por la ley del lugar donde esté ubicado el otorgante de la garantía (deberá definirse la ubicación del otorgante; ver, por ejemplo, artículo 5 h) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, que ubica a todo otorgante comercial en el Estado donde esté ubicada su administración central).

Excepciones: La ley del lugar de los bienes regirá la creación, la publicidad y la prelación de toda garantía real con desplazamiento, así como la prelación de toda garantía real sin desplazamiento sobre bienes corporales, dinero, títulos o documentos negociables (cabría añadir toda otra categoría de bienes inmateriales que sea susceptible de ser pignorada).

Variante 2

Regla general: La creación, la publicidad y la prelación de una garantía real se regirán por la ley del lugar donde estén ubicados los bienes.

Excepciones: La ley del lugar donde esté ubicado el otorgante regirá la creación, la publicidad y la prelación de toda garantía real sin desplazamiento constituida sobre bienes inmateriales, y de toda garantía real sobre un bien mueble corporal que sea de una categoría habitualmente utilizada en el territorio de más de una jurisdicción. Cabría prever, a título de subvariante, la práctica de designar como ley aplicable a los bienes muebles, a la ley del lugar donde se controle todo desplazamiento o movimiento de dichos bienes.

Cabría prever una regla adicional para las mercancías en tránsito. Toda garantía real constituida sobre dichas mercancías sería válida, en cuanto a su creación y publicidad, de haberse procedido con arreglo a la ley del lugar de destino de las mercancías, con tal de que esas mercancías sean trasladadas a ese lugar dentro de cierto plazo.

En las reglas anteriormente mencionadas no se hace mención expresa del producto de los bienes, en el entendimiento de que las reglas de conflictos de leyes relativas al producto de los bienes remitirán, en principio, a la ley que sea aplicable a la garantía real inicialmente constituida sobre dichos bienes o sobre bienes de dicha categoría.]

25. Toda garantía real válidamente creada y debidamente notificada con arreglo al derecho de un Estado que no haya promulgado un régimen inspirado en las directrices de la presente Guía seguirá estando válidamente constituida y debidamente notificada en un Estado promulgante a cuyo derecho interno remita el factor de conexión pertinente, tras algún cambio operativo de dicho factor. Ésta regla supondría que las cuestiones relativas a la constitución de la garantía seguirán rigiéndose por la ley que les sea inicialmente aplicable mientras que las cuestiones de publicidad (y de prelación, en la medida en que la prelación se rija por la misma ley que la publicidad) se regirían, tras ese cambio del factor, por la ley del Estado promulgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Respecto de la ley aplicable a las cuestiones ejecutorias, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las siguientes variantes:*

Variante 1

Toda cuestión de derecho sustantivo que afecte a la ejecución de la garantía real del acreedor se regirá por la ley del lugar donde pretenda ejecutar su garantía (es decir, por la ley del foro).

Variante 2

Toda cuestión de derecho sustantivo que afecte a la ejecución de una garantía real del acreedor se regirá por la ley aplicable a la constitución [y a la prelación] de la garantía real.

Variante 3

Toda cuestión sustantiva que afecte a la ejecución de una garantía real del acreedor se regirá por la ley aplicable a la relación contractual entre el acreedor garantizado y el deudor, con la salvedad de [...].]

A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12

Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía – documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-11	999
XII. Cuestiones de transición	1-11	999
A. Observaciones generales	1-10	999
1. Regla general respecto del régimen aplicable a las operaciones convenidas antes de la fecha de entrada en vigor	1-4	999
2. Excepciones a la regla general	5-10	1000
a) Controversias sometidas a un tribunal judicial o arbitral	5	1000
b) Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor	6	1000
c) Validez frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor	7-8	1001
d) Cuestiones de prelación	9-10	1002
B. Resumen y recomendaciones	11	1002

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

XII. Cuestiones de transición

A. Observaciones generales

1. Regla general respecto del régimen aplicable a las operaciones convenidas antes de la fecha de entrada en vigor

1. En muchos casos, el régimen introducido por toda nueva norma legal de las operaciones garantizadas diferirá del de la normativa legal anterior. Por consiguiente, toda nueva norma deberá indicar cuál será la fecha de su entrada en vigor o “fecha de validez”.

2. Habida cuenta de que el calendario de reembolso de las deudas que se garantizan con gravámenes sobre bienes del deudor suele ser largo, es probable que muchas garantías reales, que hayan sido constituidas antes de la fecha de validez del nuevo régimen de las operaciones garantizadas, conserven su propia validez, en respaldo de deudas que aún no se hayan saldado, tras la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Por consiguiente, otra decisión importante, respecto de todo nuevo régimen, será la de determinar si ese régimen será aplicable, y en qué medida, a las operaciones concertadas antes de su fecha de validez.

3. Una opción sería que el nuevo régimen se aplicara sólo prospectivamente y que, por ende, no fuera aplicable a las operaciones concertadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor. Pese a que responde a cierta lógica, en particular respecto de toda cuestión que surja entre el deudor y el acreedor garantizado, esta opción daría lugar a notables dificultades. La principal radicaría en que las partes que hayan concertado operaciones garantizadas con anterioridad a esa fecha difícilmente podrán acogerse a las ventajas del nuevo régimen, lo que será particularmente grave cuando no sea fácil determinar la existencia de las garantías reales constituidas en el marco del anterior régimen. Otra dificultad estribaría en que, si el nuevo régimen no es aplicable a las operaciones que se hayan concertado antes de su fecha de entrada en vigor, será difícil resolver los conflictos de prelación que puedan surgir entre las garantías constituidas antes de esa fecha y las creadas con posterioridad, que tal vez queden al arbitrio indefinidamente de la normativa anterior. Todo ello retrasaría durante mucho tiempo el disfrute de las ventajas económicas que se desee obtener del nuevo régimen.

4. Otra opción, que permitiría superar esas dificultades, consistiría en declarar que el nuevo régimen será aplicable, a partir de cierta fecha, a todas las operaciones garantizadas, incluidas las concertadas previamente, y en establecer únicamente aquellas excepciones a esta regla que sean necesarias para que la transición al nuevo régimen se opere con la eficiencia debida (véanse los párrafos 5 a 10 *infra*).

2. Excepciones a la regla general

a) Controversias sometidas a un tribunal judicial o arbitral

5. Cuando una controversia ya se esté dirimiendo ante los tribunales (o por otra vía similar) en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, el nuevo régimen no afectará en nada su resolución, puesto que los derechos de las partes en litigio han de tenerse ya por debidamente definidos. Por consiguiente, no procedería aplicar el nuevo régimen para resolver dicha controversia.

b) Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor

6. Cuando una garantía real se ha constituido antes de la fecha de entrada en vigor de un nuevo régimen, se plantean dos cuestiones en cuanto a la eficacia de ese derecho entre las partes. La primera es la de determinar si una garantía real que no hubiere surtido efecto entre las partes con arreglo al régimen legal anteriormente en vigor, pero que sí sería válida, de ser aplicable el nuevo régimen, habrá de tenerse por válida a partir de la fecha de la entrada en vigor del nuevo régimen. La segunda

cuestión es la de determinar si una garantía real que fuera válida entre las partes con arreglo al régimen legal anterior, pero que dejaría de serlo, si se aplicara el nuevo régimen, dejará o no de ser válida entre las partes en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Respecto de la primera cuestión, tal vez proceda declarar que esa garantía real será válida a partir de la fecha de validez del nuevo régimen. Respecto de la segunda cuestión, tal vez convenga establecer un plazo de transición, durante el cual la garantía real seguirá surtiendo efecto entre las partes a fin de permitir que el acreedor adopte las medidas requeridas para que su garantía surta efecto con arreglo al nuevo régimen. Al concluir el plazo de transición, la garantía dejará de ser válida entre las partes, a menos que haya pasado a serlo con arreglo al nuevo régimen.

c) Validez frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor

7. Se plantean distintas cuestiones en cuanto a la validez frente a terceros de las garantías reales que se hayan constituido antes de la fecha de validez del nuevo régimen. Habida cuenta de que el nuevo régimen incorporará principios de orden público interno relativos a las diligencias que han de cumplirse para que una garantía real surta efecto frente a terceros, convendría que el ámbito de aplicación del nuevo régimen fuera lo más amplio posible. Con todo, quizá no sea razonable suponer que todo acreedor cuya garantía real fuera válida frente a terceros conforme al régimen anterior vaya a cumplir inmediatamente todo requisito suplementario que le imponga el nuevo régimen. Por consiguiente, cabría que toda garantía real válida frente a terceros con arreglo al régimen anterior, pero que dejaría de serlo con arreglo al nuevo régimen, debe seguir siendo válida durante cierto plazo razonable (prescrito en el nuevo régimen), a fin de dar tiempo al acreedor para cumplir todo requisito adicional que le imponga el nuevo régimen.

8. Si la garantía real no era válida frente a terceros conforme al anterior régimen pero lo sería, con todo, con arreglo al nuevo, esa garantía real debería surtir efecto frente a terceros tan pronto entre en vigor el nuevo régimen. Después de todo, es de suponer que la intención de las partes era que la garantía surtiera efecto entre ellas; mientras que los terceros gozarán de toda la protección otorgada por el nuevo régimen.

d) Cuestiones de prelación

9. Los problemas varían por completo en el supuesto de las llamadas cuestiones de prelación. Si la prelación relativa entre dos garantías concurrentes sobre bienes gravados se ha determinado antes de la fecha de validez del nuevo régimen y no ha intervenido ningún factor que modifique ese orden, salvo el hecho de la entrada en vigor del nuevo régimen, convendría no alterar el orden de prelación anterior a ese hecho a fin de salvaguardar la estabilidad de las relaciones preexistentes. No obstante, de mediar algún factor que hubiera incidido en el orden de prelación aun en el marco del régimen anterior, parece estar menos justificado seguir dirimiendo, conforme al régimen anterior, una controversia que se haya visto modificada por un factor sobrevenido después de la fecha de validez del nuevo régimen. Por consiguiente, parece estar más justificado aplicar el nuevo régimen en este supuesto.

10. Sin embargo, si la controversia surge entre una parte cuya garantía se ha constituido antes de la fecha de validez y otra parte cuya garantía se ha constituido con posterioridad a ella, cada parte querrá que se aplique el régimen imperante en el momento de constituirse su garantía real. Si bien conviene que el nuevo régimen prevalezca con el tiempo, en este supuesto tal vez proceda aplicar una regla de transición que ampare al acreedor cuya garantía se haya constituido conforme al régimen anterior, dándole tiempo para adoptar toda medida necesaria para preservar su garantía conforme al nuevo régimen. Esa regla de transición podría otorgar a ese acreedor la prelación de que gozaría si el nuevo régimen hubiera estado en vigor en el momento en que se negoció la operación original, adoptándose en ese momento toda medida que fuera del caso.

B. Resumen y recomendaciones

11. Todo nuevo régimen de las operaciones garantizadas deberá enunciar la fecha a partir de la cual entrará en vigor.

[*Nota al Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar hasta qué punto el nuevo régimen debe ser aplicable a todas las operaciones garantizadas, incluidas las que se hayan concertado antes de su entrada en vigor*.]

C. Informe del Secretario General relativo al Coloquio Internacional CNUDMI-Commercial Finance Association (CFA) sobre las operaciones garantizadas (Viena, 20 a 22 de marzo de 2002), documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.3) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-5	1003
II.	Trasfondo económico y alcance	6-11	1004
III.	Enfoques generales de la garantía	12-13	1005
IV.	Constitución de derechos reales de garantía	14	1006
V.	Divulgación	15-18	1006
VI.	Prelación	19-24	1008
VII.	Derechos previos al incumplimiento y obligaciones de las partes	25-26	1009
VIII.	Incumplimiento y ejecución	27-29	1010
IX.	Insolvencia	30-33	1010
X.	Conflicto de leyes	34-38	1012
XI.	Transición	39	1013

I. Introducción

1. En su 34º período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió establecer un grupo de trabajo con el mandato de elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar qué cuestiones habrían de tratarse, como por ejemplo la forma del instrumento y el alcance exacto de los activos que podían servir de garantía[1].

2. En ese período de sesiones, la Comisión puso de relieve la importancia del tema de las garantías reales y la necesidad de consultar a los especialistas y a las organizaciones con experiencia en la materia, y recomendó que se celebrara un coloquio antes del primer período de sesiones del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)[2].

3. El coloquio, organizado conjuntamente con la *Commercial Finance Association* (CFA), se celebró en Viena del 20 al 22 de marzo de 2002. La finalidad

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 358.

[2] Ibíd., párr. 359.

del coloquio era ofrecer a los profesionales del derecho, organizaciones internacionales y representantes gubernamentales un foro de diálogo sobre la labor de la Comisión en el campo de las garantías reales.

4. Asistieron al coloquio unos 50 expertos de unos 20 países, entre ellos funcionarios estatales y de organizaciones internacionales como el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International). Entre los oradores había expertos con amplia experiencia en los regímenes de los créditos garantizados y de la insolvencia.

5. En la presente nota se resumen las deliberaciones de los participantes en el coloquio.

II. Trasfondo económico y alcance

6. Recibió apoyo general la idea de que la labor del Grupo de Trabajo abarcara una amplia gama de bienes gravables y de operaciones garantizables, así como una gran diversidad de deudores, acreedores y operaciones de crédito. Se señaló que este enfoque se ajustaría a uno de los objetivos fundamentales de todo régimen eficiente de créditos garantizados, a saber, la posibilidad de que las partes puedan utilizar el valor íntegro de sus bienes para obtener crédito. No obstante, se advirtió que para poder llevar a término la labor en un plazo razonable y para poder adoptar un nuevo régimen que gozara de amplia aceptación, convendría no fijar objetivos demasiado ambiciosos. Se observó asimismo que si bien no habría que regular los inmuebles, había casos en que podría resultar difícil hacer una distinción (por ejemplo, tratándose de los accesorios fijos y los cultivos o de las hipotecas empresariales que afectaran a la vez a bienes muebles e inmuebles).

7. Se puso de relieve que el nuevo régimen formaría parte del derecho interno y que, por lo tanto, sería aplicable no sólo a las operaciones con créditos internacionales sino también a las operaciones con créditos puramente nacionales.

a) Terminología

8. Se convino en que, si bien había que concentrarse en los derechos reales de garantía consensuales, habría que regular también los conflictos de prelación con derechos reales de garantía no consensuales. Por consiguiente, se sugirió que en toda definición de “derecho real de garantía” se hiciera referencia tanto a los derechos reales de garantía consensuales (creados por vía de acuerdo) como a los no consensuales (creados por ley o por decisión judicial). También se sugirió que el “derecho real de garantía” se definiera como derecho de propiedad (es decir, derecho real). Respecto de la utilización de un concepto uniforme de “derecho real de garantía”, se sostuvo que no prejuzgaba la cuestión de si había que introducir un derecho real de garantía uniforme y funcional en sustitución de todos los derechos reales de garantía o derechos de cuasigarantía existentes en virtud del derecho interno ni un derecho real de garantía específico que coexistiera con los diversos mecanismos de garantía utilizados en los diferentes ordenamientos jurídicos (véase el párrafo 14 *infra*).

9. Se observó que debería hacerse una distinción entre los conceptos de “deudor” (la persona que adeuda la obligación garantizada) y “otorgante” (la persona que da un bien en garantía) en los supuestos en que un tercero diera un bien en garantía a favor del deudor. También se observó que habría que ser coherente en la utilización de esos términos y saber en cada caso por qué se utilizaba uno y no otro.

b) Objetivos clave

10. Recibió apoyo general la opinión de que convenía poner de relieve la trascendencia económica de las operaciones garantizadas. Hubo acuerdo en que el objetivo primordial de toda legislación eficiente sobre las operaciones garantizadas debía consistir en promover mayores posibilidades de obtener crédito a bajo costo.

11. Con respecto a los objetivos particulares de tal legislación, se hicieron varias sugerencias. Concretamente se recalcó la importancia de armonizar los intereses de los deudores, los acreedores y los terceros afectados. Se sugirió también que los objetivos fundamentales fueran claros, simples y concisos. Asimismo, había que evitar también que los acreedores garantizados incurrieran en responsabilidades, por ejemplo, de tipo ecológico. Asimismo, había que recalcar la importancia de la coordinación entre la legislación que regía las operaciones garantizadas y los regímenes de la insolvencia además, se dijo que si bien el reconocimiento de la autonomía de las partes era un objetivo importante, era a veces objeto de limitaciones legales. A este respecto, se sugirió que se hiciera referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, que contenía principios sobre ciertas limitaciones legales. También se sostuvo la necesidad de subrayar que la inscripción en un registro no era la única forma de fomentar la transparencia.

III. Enfoques generales de la garantía

12. Se observó que los derechos reales de garantía con desplazamiento de la posesión que aportaban tradicionalmente una sólida garantía estaban suficientemente regulados. Sin embargo, convenía desarrollar en muchos países la legislación que regía los derechos reales de garantía sin desplazamiento, pues había al respecto una evidente necesidad económica. Se plantearon diversas cuestiones, concretamente la de si había que regular a la vez los derechos de garantía con desplazamiento y los derechos sin desplazamiento y, de ser así, si había que aplicar a ambos tipos de derechos las mismas reglas, o si había que regular los mecanismos que representaban una cuasigarantía (por ejemplo, la retención y la transferencia de acuerdos de titularidad). También se planteó la cuestión de si había que establecer un nuevo derecho real de garantía uniforme y funcional o un nuevo tipo especial de derecho que coexistiera con los otros tipos de derechos existentes de garantía o de cuasigarantía.

13. Se dijo que había que abordar y regular del mismo modo los derechos reales de garantía con desplazamiento de la posesión y los derechos sin desplazamiento, a menos que por razones prácticas se justificara regularlos de modo distinto, como en el caso del traspaso del bien gravado al acreedor garantizado. Además, se observó que también habría que regular los derechos de cuasigarantía. También habría que

introducir un nuevo derecho real de garantía uniforme, funcional y amplio sobre todos los tipos de bienes. Por otra parte, se señaló que tal vez no fuera viable ni conveniente reemplazar los mecanismos existentes de garantía por un nuevo derecho real de garantía uniforme y funcional. Además, se argumentó que la reglamentación de la retención y la transferencia de acuerdos de titularidad en un proyecto de operaciones garantizadas podía resultar particularmente problemática, por lo que debía examinarse muy detenidamente para determinar las eventuales ventajas y desventajas. Se convino en la necesidad de explicar detalladamente los costos y beneficios de un derecho amplio y funcional frente a un derecho específico.

IV. Constitución de derechos reales de garantía

14. Se afirmó que debería existir la posibilidad de dar en garantía cualquier tipo de bien y de garantizar cualquier tipo de obligación. Se hizo particular referencia a la necesidad de permitir la constitución de garantías sobre bienes adquiridos después de la celebración del acuerdo de garantía y sobre conjuntos variables de bienes, a fin de poder garantizar incluso las obligaciones nacidas después de la celebración del acuerdo de garantía y las obligaciones sobre créditos renovables. Se reconoció que, para lograr ese objetivo, era necesario adaptar los requisitos relativos a la descripción del bien gravado o de la obligación garantizada. Se observó asimismo que las posibilidades de protección de ciertos deudores (por ejemplo, de los consumidores) o de acreedores no garantizados podían facilitarse mediante excepciones limitadas. Por ejemplo, los bienes domésticos no deberían estar sujetos a más garantías que las necesarias para obtener su precio de compra. Además, se dijo que todo régimen moderno de operaciones garantizadas debía permitir la constitución de garantías sobre un bien, tanto si el otorgante era el propietario de dicho bien como si tenía sólo un derecho limitado sobre él (por ejemplo, un usufructo o una prenda). A este respecto, se señaló que el objeto de la garantía no era el bien en sí sino el derecho del otorgante sobre el bien.

V. Divulgación

15. En el debate se analizó la cuestión de si un régimen eficaz de operaciones garantizadas que abordara los derechos reales de garantía sin desplazamiento requería el establecimiento de un sistema en virtud del cual pudiera avisarse a los posibles proveedores de fondos acerca de la posible existencia de derechos reales de garantía y que sirviera de base para resolver conflictos entre partes reclamantes de los mismos bienes. Según una de las opiniones, no sería necesario establecer tal registro público. Se sostuvo que cabía prever requisitos menos costosos y complejos para combatir el fraude consistente en poner a los instrumentos de garantía una fecha anterior a la real. Se observó asimismo que no debía preocupar la apariencia de falsa riqueza creada por la posesión continua, por el deudor, de bienes gravados. Se señaló que, en una economía dominada por los créditos, las partes habían de saber que los bienes de una empresa o incluso de un consumidor podían estar gravados o sujetos a un mecanismo de cuasigarantía (por ejemplo, arrendamiento o retención de la titularidad).

16. Además, se opinó que cabía presumir que las partes actuaban honestamente y de buena fe. La ley debía fomentar ese comportamiento sancionando civil o incluso

penalmente a quienes actuaran con deshonestidad o mala fe. Los posibles proveedores de fondos podrían protegerse adecuadamente mediante las declaraciones del deudor sobre la existencia de derechos reales de garantía combinadas con la promesa del deudor de no dar el mismo bien en garantía a otro acreedor sin el consentimiento del acreedor garantizado. También se observó que el establecimiento y la administración de un registro incrementaría los costos y la complejidad de las operaciones garantizadas. Además, se observó que este sistema podría tener el inconveniente de dar a conocer información confidencial incluso a competidores, perjudicando así a los deudores. Además, se dijo que las reglas de prelación basadas en el registro de una notificación de una operación podrían favorecer inadecuadamente al crédito bancario en detrimento del crédito del proveedor. Se dijo que el crédito del proveedor tenía en muchos países mucho más valor y una mayor importancia para la economía que el crédito bancario.

17. Frente a este argumento se observó que las disposiciones contra el fraude y para la seguridad de la fecha eran beneficios parciales, pero no la función primordial de un registro, que consistía en dar aviso a los posibles proveedores de fondos de los eventuales derechos reales de garantía y servir de instrumento para resolver conflictos de prelación. Se dijo asimismo que los posibles proveedores de fondos no podían confiar exclusivamente en las declaraciones del deudor sobre los eventuales derechos reales de garantía existentes. En un mercado mundial, los acreedores tal vez no conozcan a los deudores y éstos tal vez no hayan establecido aún una relación de confianza con los acreedores. A este respecto, se señaló que las declaraciones falsas no suponían necesariamente deshonestidad ni mala fe. Por ejemplo, a falta de asesoramiento pericial, es posible que un deudor no comprenda fácilmente que por haber dado garantía a un acreedor sobre una categoría general de bienes no le estaba permitido ofrecer en garantía a otros acreedores bienes concretos de esa categoría. También se dijo que otra situación habitual que se daba en la práctica y que no suponía deshonestidad ni mala fe era el cálculo erróneo del valor de los bienes.

18. Con respecto a los costos de establecimiento y administración de un registro, se observó que incluso en algunos de los países menos adelantados del mundo esos costos estaban resultando ser mínimos. También se observó que una de las características clave de los registros eran los precios bajos y uniformes de inscripción. En general se consideró totalmente inadecuado fijar precios de inscripción altos y *ad valorem*. Además, con respecto al temor a que con ese sistema pudiera divulgarse información confidencial, se observó que los sistemas eficientes de registro de notificaciones divulgaban muy poca información. En cualquier caso, esa información no era confidencial, sino que figuraba en los balances o estaba a disposición de diversos organismos de notificación de créditos. Por otra parte, se señaló que, si esa información estaba disponible, no hacía falta ningún registro, ya que incrementaría innecesariamente los gastos de las operaciones. Se discrepó de esta opinión por considerarse que los sistemas de notificación de créditos no podían servir para avisar a los posibles proveedores de fondos de la existencia de derechos reales de garantía ni para resolver conflictos de prelación. También se señaló que, en particular en el contexto de un procedimiento de insolvencia, había un costo para determinar la prelación en los ordenamientos jurídicos que no facilitaban suficiente información sobre las distintas reclamaciones. Además, con respecto a la preocupación expresada sobre la prelación pertinente del crédito del proveedor, se observó que incluso en los países que disponían de registros de notificaciones se

daba prelación a los proveedores siempre y cuando notificaran su reclamación. También en este contexto se planteó el problema de la divulgación de una relación empresarial con respecto a la retención de acuerdos de titularidad (véanse los párrafos 20 a 22 *infra*).

VI. Prelación

19. Se afirmó que un sistema que diera prelación a distintos acreedores permitía dar en garantía el mismo bien para el crédito concedido por múltiples acreedores. Ese resultado facilitaría la plena utilización del valor de los bienes para obtener crédito, lo cual se consideró uno de los objetivos fundamentales de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Asimismo se observó que la forma más eficaz de lograr ese objetivo sería prever una regla que diera prelación al primero que hiciera una notificación. No obstante, hubo varias objeciones.

20. Concretamente, se dijo que el requisito de que los proveedores con retención de la titularidad para obtener el pago del precio presentaran una notificación cada vez que suministraran bienes incrementaría innecesariamente el costo y la complejidad de la operación y, al mismo tiempo, fomentaría comportamientos irresponsables e incluso deshonestos por parte del deudor o de otro otorgante. Se dijo que el crédito del proveedor era importante para la economía y que no debía obstaculizarse. Por consiguiente, se argumentó que sería más apropiado prever una regla que diera prelación al primero que celebrara un contrato. El acreedor que concediera crédito general habría de depender del deudor para describir con exactitud al acreedor garantizado general los derechos que el deudor pudiera haber concedido a un proveedor. De no comunicar debidamente y con exactitud esa información al acreedor garantizado general, el deudor debería estar sujeto a sanciones civiles o incluso penales.

21. Frente a este argumento se dijo que los proveedores no deberían tener que presentar una notificación cada vez que suministraran bienes sino que deberían hacerlo tan sólo una vez para todos los bienes suministrados durante todo el contrato. También se observó que el precio de la notificación debería ser nominal y reflejar únicamente los gastos administrativos de la oficina competente. Además, se dijo que la falta absoluta de notificación podía tener también repercusiones de costos, ya que sin duda crearía incertidumbre. Además, se estimó que habría que conceder prelación absoluta a los proveedores a fin de proteger el crédito de éstos. Este criterio se basaría en el hecho de que, una vez presentada la notificación sobre los derechos del proveedor, otros prestamistas, anteriores o subsiguientes, estarían al corriente de la prelación absoluta del proveedor. En cuanto al alcance de la prioridad del crédito del proveedor, se dijo que la posibilidad de que abarcara al producto (por ejemplo, los créditos) de los bienes gravados (inventario) dependería de si el legislador quisiera promover más la financiación de créditos que de bienes inventariados.

22. Se presentaron varios argumentos frente a la propuesta de que el acreedor general debería fiarse de las declaraciones del deudor. Por ejemplo, se puso en duda que el acreedor garantizado pudiera fiarse del deudor para conocer de forma exacta y concreta el alcance y la naturaleza de los derechos que pudiera haber dado al proveedor. Para esa confianza en el deudor tenía que haber una contabilidad de

cierta calidad que tal vez no existiera ni fuera accesible en una empresa sumida en una crisis financiera. También se argumentó que tal vez no fuera seguro fiarse de la descripción hecha por el deudor de los derechos concedidos al proveedor, ya que éste podía ver de otro modo el alcance y la naturaleza de sus derechos frente al deudor y de sus bienes dados por el deudor. También se argumentó que aunque las sanciones penales pudieran ser severas, tal vez resultaran de difícil aplicación, ya que los criterios para determinar la responsabilidad penal solían ser más estrictos que los de la responsabilidad civil. Tampoco convenía reducir la severidad de esas pautas. Además, desde la perspectiva del acreedor garantizado las sanciones penales no lo beneficiaban como el cobro de la deuda en un recurso contra los bienes del deudor.

23. Por otra parte, se dijo que todo régimen de las operaciones garantizadas que incluyera la retención de derechos de titularidad (derechos de garantía sobre el dinero de la compra) sería complejo. Se replicó que la naturaleza de la financiación era relativamente simple y directa y que era fácil determinar a los proveedores y acreedores garantizados a los fines de que el deudor facilitara la información pertinente al acreedor garantizado general. Esta situación era confirmada también por el hecho de que en muchos países no existía el requisito de que los proveedores cursaran una notificación para determinar la prelación. Se observó también que la falta de notificación podía suponer cargas probatorias suplementarias. Por ejemplo, el proveedor habría de demostrar que tenía una reserva válida de titularidad y demostrar la fecha en que se establecieron esos derechos. También se planteó la posibilidad de que los derechos sobre bienes para garantizar deudas, como en caso de retención de titularidad por el vendedor de bienes, siguieran existiendo como categoría especial de derechos pero que se introdujera un requisito de notificación para determinar la prelación de esos derechos respecto de otros tipos de derechos reales de garantía.

24. También se puso de relieve la necesidad de dar prioridad absoluta a ciertos derechos no consensuales (por ejemplo, los impuestos del Estado o los sueldos de los empleados). Hubo divergencias sobre si debían notificarse esos derechos.

VII. Derechos previos al incumplimiento y obligaciones de las partes

25. Se apoyó en general la idea de que las reglas supletorias debían limitarse a las que fueran absolutamente indispensables y a aquéllas en que las partes pudieran muy probablemente convenir. Se expresaron algunas dudas sobre la necesidad de una regla en virtud de la cual debieran asegurarse los bienes gravados. Se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos no se preveía el seguro de muchos tipos de bienes.

26. Se puso en tela de juicio la necesidad de distinguir entre los derechos y obligaciones para las garantías con desplazamiento y sin desplazamiento de la posesión, habida cuenta de que algunas de las reglas supletorias eran aplicables a ambos tipos de garantías (por ejemplo, el derecho del acreedor garantizado a ceder la obligación garantizada). Se observó también que el derecho del acreedor garantizado a volver a pignorar un bien se refería al derecho a volver a pignorar el

derecho real de garantía sobre el bien gravado y no al bien gravado propiamente dicho.

VIII. Incumplimiento y ejecución

27. Se puso de relieve la importancia de prever la ejecución eficaz de los derechos reales de garantía. Se afirmó que el mejor régimen para la constitución de derechos reales de garantía resultaría inútil si los acreedores garantizados no pudieran hacer efectivo el valor económico de sus derechos. A este respecto se señaló la necesidad de revisar el contexto institucional en que se realizaba la ejecución y de evaluar con franqueza la eficiencia de los procedimientos seguidos por instituciones como los tribunales civiles. También se observó que habría que hacer referencia a los tribunales arbitrales y a otros órganos no judiciales.

28. Se recalcó también la diversidad de posibles mecanismos para hacer efectivo el valor económico de los derechos reales de garantía. En cuanto a los procedimientos para poner en marcha la ejecución, se afirmó que había varias posibilidades: la ejecución a cargo del acreedor garantizado sin previa intervención judicial; la ejecución a cargo del acreedor con título de ejecución formalizado por un tribunal o un notario; y la ejecución basada en presunciones o en una limitación de las excepciones cuando se requiriera una acción judicial. Se expresó cierta preferencia por la ejecución a cargo del acreedor sin previa intervención judicial y se consideró que la ejecución con título expedido por notario sería la segunda posibilidad. También se afirmó que, de requerirse una acción judicial, habría que limitar las excepciones del deudor a fin de evitar las prácticas dilatorias. Por ejemplo, en el caso de un derecho sin desplazamiento de la posesión, la única excepción contra el traspaso de la posesión debería ser la falta de incumplimiento (y no la cantidad adeudada u otros detalles). Además, se observó que el acreedor garantizado debería poder vender los bienes gravados al precio del mercado en el lugar en que se encontraran los bienes. Se dijo asimismo que era indispensable asegurar que los bienes pudieran hacerse efectivos oportunamente a fin de evitar la pérdida de valor.

29. Asimismo se señaló la necesidad de que el acreedor garantizado, en caso de incumplimiento respecto de un derecho real de garantía sin desplazamiento, pudiera tomar posesión pronta y eficazmente de los bienes gravados. Sin embargo, para otras cuestiones, no se consideraba necesario hacer una distinción entre los derechos reales de garantía con y sin desplazamiento de la posesión. Se expresó la opinión de que convenía tener en cuenta también las posibilidades de abuso por parte de los acreedores garantizados. Se dieron como ejemplo los acuerdos entre deudores y acreedores garantizados que en algunos ordenamientos jurídicos se regulaban de modo distinto según si se habían celebrado antes o después del incumplimiento; en el primer caso, eran nulos, y en el segundo, válidos y ejecutables.

IX. Insolvencia

30. Hubo acuerdo en que tanto los regímenes de las operaciones garantizadas como los de la insolvencia regulaban las relaciones entre el deudor y el acreedor y en que ambos regímenes repercutían notablemente en la gestión empresarial, ya que

ambos velaban por la disciplina en el crédito y la responsabilidad por la deuda. También se convino en que había también conflictos entre ambos regímenes, por ejemplo, al enfocar de modo distinto el problema de la deuda dando prioridad a distintos derechos y velando por los intereses de distintas partes.

31. Se sostuvo que el régimen de la insolvencia no era contrario a un régimen de las operaciones garantizadas que permitiera la "constitución" consensual de garantías reales adecuadamente definidas de terceros sobre bienes, y que debería complementar tal régimen. Se expresó la necesidad de aclarar la clasificación de los "mecanismos de cuasigarantías", como la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros, y de darles certeza. Se señaló que cuanto más amplia fuera la gama de bienes sobre los que pudieran constituirse garantías, mayor sería la posibilidad de evaluar la capacidad de un prestatario para reembolsar la deuda (lo cual reducía el exceso de deuda y la consiguiente insolvencia).

32. Además se observó que desde el punto de vista del los regímenes de la insolvencia también interesaba establecer un sistema de registro de notificaciones que fuera de gran envergadura y que permitiera encontrar datos de forma segura, eficiente y rentable. Se dijo que con un registro de notificaciones se daba seguridad al representante de la insolvencia al facilitar la identificación de los bienes gravados, de la obligación garantizada y del acreedor respaldado por una garantía. Este sistema también permitiría al representante de la insolvencia determinar la validez y la ejecutoriedad, así como la prelación entre los distintos derechos de garantía sobre los mismos bienes. No obstante, en el contexto del registro, se mencionaron dos cuestiones que requerían especial atención. La primera cuestión consistía en si un régimen de las operaciones garantizadas o de la insolvencia debía o no imponer la presentación de notificaciones, por ejemplo, anulando o declarando inválida toda garantía real no registrada por no haberse inscrito o por haberse incumplido algún otro requisito. Se mencionó que en muchos regímenes de la insolvencia y de las operaciones garantizadas se seguía ese criterio. La segunda cuestión era la de la aplicabilidad a operaciones garantizadas, válidamente realizadas, de disposiciones que previeran la anulación de operaciones previas de carácter preferente o fraudulento, como ocurría en la mayoría de los regímenes de la insolvencia.

33. Con respecto a la repercusiones del inicio de un procedimiento de insolvencia para los acreedores garantizados, se señaló que tal vez fuera conveniente hacer una distinción entre los procedimientos de liquidación y los de reorganización. En caso de liquidación, el criterio general de los regímenes de la insolvencia va en contra de que se prolongue el plazo o se suspenda la ejecución de un derecho real de garantía. En cambio, en un proceso de reorganización, debería haber suspensión de la ejecución de tales derechos, dada la posibilidad de incrementar el valor económico a través de la reorganización y de evitar la disolución del patrimonio. Sin embargo, ello no debería afectar ni alterar los derechos básicos de los acreedores garantizados sino más bien aplazar el ejercicio de los derechos de ejecución inmediata. Se mencionaron también otras cuestiones difíciles, como la vinculación de un acreedor garantizado a un plan de reorganización; los abusos del proceso de reorganización por parte de los deudores; la financiación de un procedimiento de reorganización posterior a la insolvencia; y la posible creación de una "prelación absoluta" que pudiera afectar a los titulares de derechos reales de garantía existentes. También se

puso de relieve la necesidad de coordinar las decisiones en materia de ejecución e insolvencia con la labor del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia.

X. Conflicto de leyes

34. El debate se centró en la ley que debía regir la constitución, la divulgación y la prelación de los derechos reales de garantía sobre otros créditos y bienes inventariados. Con respecto a los créditos, se confirmó que era apropiada la regla sobre los conflictos de leyes anunciada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (conforme a la cual se aplicaba la ley del Estado en que estaba situado el otorgante). No obstante, se observó que, para ciertas categorías de bienes inmateriales, como los depósitos bancarios y las cuentas de valores, tal vez convenía seguir otro criterio.

35. Con respecto al derecho aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales, se observó que había dos posibilidades. La primera opción era la regla tradicional en virtud de la cual las cuestiones de constitución, divulgación y prelación estaban sujetas a la ley del Estado en que se encontraban los bienes inmateriales (*lex situs*). La segunda opción era una regla dual conforme a la cual la constitución y la divulgación se regían por la ley del lugar en que estaba situado el otorgante, mientras que la prelación se regía por la *lex situs*.

36. La segunda opción planteaba ciertas preocupaciones. Concretamente, esa regla podía ir en contra de las expectativas de terceros respecto de la aplicación de la *lex situs* a todos los aspectos de propiedad de un derecho de garantía sobre bienes corporales. También se argumentó que sería difícil aplicar una regla dual si el sistema jurídico que rigiera la prelación se basara en conceptos de divulgación que no existieran en la legislación del Estado en que se encontrara el otorgante. Sin embargo, en apoyo de esa regla dual se sostuvo que la renuncia a la regla provisional tendría la ventaja de que se aplicara la misma ley a la constitución y divulgación de un derecho real de garantía tanto si éste se refería a un bien corporal como si se refería a un bien inmaterial.

37. En cuanto a la ley aplicable a la ejecución, se sugirió que la mayoría de las cuestiones relacionadas con la ejecución estuvieran sujetas a la *lex situs*, dado que la ejecución era necesaria cuando el deudor se negaba a cumplir sus obligaciones y había que solicitar la asistencia de las autoridades del país. También se afirmó que la ejecución no debía tratarse como una cuestión aislada sino como un conjunto de cuestiones. Se observó asimismo que algunas de esas cuestiones podían estar sujetas a la autonomía de las partes (por ejemplo, la enajenación del bien gravado mediante acuerdo entre las partes), mientras que con respecto a otras cuestiones que planteaban problemas de orden público tal vez convenía seguir un criterio objetivo y común.

38. Con respecto a la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia, se afirmó que, en el caso de los bienes situados en el Estado en que se iniciaba el procedimiento de insolvencia principal, había que adoptar la regla ampliamente aceptada en virtud de la cual debía aplicarse la ley de ese Estado. En cuanto a la situación que podía darse cuando los bienes se encontraran en otro Estado, se dijo que no existía ninguna solución generalmente aceptada y que debía estudiarse la cuestión a fin de orientar a los Estados.

XI. Transición

39. Se sostuvo que el contenido de eventuales reglas de transición dependería de las circunstancias que prevalecieran en cada Estado y que, por consiguiente, no podía darse una orientación general a los Estados. Sin embargo, se reconoció la necesidad de examinar la cuestión, ya que, si no había reglas de transición adecuadas, existía la posibilidad de que ninguna de las partes se beneficiara plenamente de la nueva legislación o de que se perturbaran las relaciones existentes.

D. Nota de la Secretaría relativa al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: observaciones del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.4) [Original: inglés]

1. En su 34º período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional decidió encomendar a un grupo de trabajo el mandato de elaborar "un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar qué cuestiones habrían de tratarse: por ejemplo, la forma del instrumento, el alcance exacto de los activos que podían servir de garantía ..."[1]. Poniendo de relieve la importancia del tema y la necesidad de consultar a los especialistas y a las organizaciones con experiencia en la materia, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos a tres días de duración[2].

2. A fin de facilitar la labor del Grupo de Trabajo, la Secretaría ha preparado un primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add.1 a 12). Del 20 al 22 de marzo de 2002 se celebró en Viena un coloquio internacional sobre las operaciones garantizadas, cuyo informe figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.3. A raíz del coloquio, la Secretaría recibió del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) observaciones sobre el primer anteproyecto de guía legislativa. Estas observaciones se reproducen en el anexo de la presente nota.

Anexo

Observaciones del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF)

1. Durante los últimos diez años, el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) ha emprendido una labor de reformas jurídicas, entre las cuales destaca particularmente la reforma relativa a las operaciones garantizadas. Cuando en 1991 se fundó el BERF para participar en los esfuerzos de reconstrucción de los antiguos países comunistas de Europa central y oriental, se hizo de inmediato evidente que el Banco y otras entidades de la región tropezarían con serios obstáculos si no existía el marco jurídico necesario para asegurar esas inversiones. Este marco no podía lograrse mediante la simple promulgación de una nueva ley sino que requería una reflexión exhaustiva sobre las disposiciones aplicables a los derechos reales de garantía y sobre la ejecución eficaz de esas reformas. El proceso se inició lentamente y se ha ido intensificando con los años, como lo demuestra el hecho de que casi todos los países de la región han ido emprendiendo, de un modo u otro, reformas al respecto.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 358.

[2] Ibíd., párr. 359.

2. El propio BERF ha contribuido de muchas maneras a este proceso. Por ejemplo, el Banco ha elaborado un modelo para la reforma. Concretamente, en 1994 se publicó la Ley Modelo del BERF sobre Operaciones Garantizadas y en 1998 se publicaron los diez principios básicos del BERF sobre operaciones garantizadas. Además, el BERF ha evaluado los progresos realizados en la región. En 1999 se publicó por primera vez el estudio regional del BERF sobre los regímenes de las operaciones garantizadas, que desde ese año se ha ido actualizando periódicamente. Además, el BERF ha contribuido directamente a los progresos prestando asistencia técnica a varios países en la reforma de su régimen de las operaciones garantizadas y en su ejecución. Por consiguiente, el BERF tiene un gran interés en seguir la nueva iniciativa de la CNUDMI en esta materia y en participar en ella. Esta iniciativa constituye una oportunidad para ampliar y desarrollar la labor realizada en este ámbito por el BERF, el Banco Asiático de Desarrollo (BAD), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) y otras instituciones que se ocupan de reformas jurídicas internacionales. La labor de la CNUDMI puede tener inmensas repercusiones mundiales. Además, a pesar de no tratarse de una convención sino de una guía legislativa no vinculante, consideramos que puede tener un mayor impacto en la labor de reforma jurídica en todo el mundo, ya que sería sin duda el documento más avanzado y más exhaustivo que existe sobre los regímenes de las operaciones garantizadas.

3. El BERF desea actuar como observador activo, dando ejemplos sobre los problemas que se plantean en el proceso de reforma jurídica y los modos en que se han resuelto estos problemas en distintos países de Europa central y oriental. El BERF desea también poner de relieve los beneficios económicos que se derivarían de un mercado eficiente de créditos garantizados, que no debiera sacrificarse en aras de las tradiciones y de conceptos teóricos. Los problemas prácticos en el ámbito de las operaciones garantizadas y las dificultades y las ineficiencias económicas que habría para resolverlos con la actual legislación (suponiendo que pudieran resolverse) deberían ser los factores que incitaran a los legisladores a emprender reformas en este campo y a remitirse para ello a la futura Guía Legislativa de la CNUDMI. A menudo son los profesionales del derecho las personas más indicadas para convencer con sus argumentos a los legisladores de que es preciso modificar las reglas y las prácticas tradicionales para que puedan ajustarse a las necesidades económicas modernas.

4. Tras haber leído el primer anteproyecto de guía legislativa, que actualmente tiene a su disposición el Grupo de Trabajo y tras haber participado en el Coloquio, quisiéramos poner de relieve ciertas cuestiones que se han planteado en la labor que hemos realizado en los países en transición.

a) La Guía debería estimular el cambio

5. La finalidad de la elaboración de una guía legislativa es obtener un producto que estimule el cambio. Sería decepcionante que la Guía fuera leída y apoyada por los países que ya tienen un régimen jurídico eficaz para las operaciones garantizadas pero que fuera descartada por los países en que más se necesita un cambio. Es interesante señalar que probablemente la Guía será tan pertinente y útil para muchos países desarrollados como para los países en desarrollo y los países con economías en transición. También sería decepcionante que, al tener que llegar a soluciones de

transacción, el Grupo de Trabajo diluyera las políticas de reforma hasta el punto de que la Guía ya no resultara clara ni imperativa.

6. Si bien es inevitable que la Guía resulte ser un documento relativamente largo con un gran número de detalles, es crucial que ponga de relieve una serie de recomendaciones que se concentren en los resultados esenciales que deben obtenerse, con una indicación (en su caso) de otros medios (también eficaces) que permitan lograr esos objetivos. Por ejemplo, a nuestro entender, es preciso enunciar muy claramente los requisitos básicos para la constitución de la garantía real y los elementos de que debe constar todo régimen al respecto. La Guía no puede limitarse a una presentación de las diversas opciones enunciadas en los regímenes existentes para escoger una de ellas. Es necesario hacer una distinción entre esos conceptos o características del régimen que sean esenciales para todo el proceso de reforma (por ejemplo, la capacidad para gravar sin formalidades suplementarias, bienes ya especificados o que se adquirirán en el futuro) y los objetivos y características de menor importancia que pueden introducirse o mejorarse en una fase ulterior, en función de la necesidad y propensión del país interesado. Inversamente, la Guía no debería tratar de imponer soluciones, ni siquiera en cuestiones de detalles prácticos, en que cabría adoptar otros enfoques (por ejemplo, el hacer extensiva la garantía al producto de la venta del bien gravado; la garantía del dinero de compra; el método para dar certeza sobre la fecha del acuerdo de garantía; la renovación de la inscripción).

b) La Guía no debería establecer una bipolarización entre los regímenes de *common law* y los regímenes de derecho civil

7. Es conveniente que la Guía, aun reconociendo la distinción entre las tradiciones jurídicas de derecho civil y las de *common law*, no condene en la práctica al “ostracismo” a algunos países que puedan sentirse excluidos de los esfuerzos y necesidades de reforma por tener una tradición jurídica evidentemente “distinta”. En su labor al respecto, el BERF se ha guiado por un principio consistente en seguir muchas soluciones útiles de los regímenes de *common law* adaptándolas a las técnicas modernas de financiación de modo que resulten compatibles con las tradiciones de derecho civil de muchos ordenamientos jurídicos de Europa central y oriental. La experiencia ha reforzado nuestra convicción de que las tradiciones jurídicas no son obstáculos para la reforma de los regímenes de las operaciones garantizadas y que no impiden adoptar un régimen económicamente eficiente, siempre y cuando haya determinación para reformar y puedan hacerse variaciones y adaptaciones en función de las diferencias entre instituciones, estilos y prácticas aceptadas.

8. El mensaje de la Guía debe ser siempre simple (aunque no simplista), de modo que las personas que prevean reformas puedan entender fácilmente su contenido. Si la Guía es demasiado compleja, tiene un estilo oscuro o parece demasiado inspirada en un determinado sistema que no resulte aceptable como modelo para todos los países, carecerá de utilidad. Conviene recordar también que probablemente será traducida y utilizada en muchos contextos de reformas jurídicas; de ahí la necesidad de que tenga un texto claro, llano e imparcial.

c) En la Guía debería ponerse de relieve la distinción entre un enfoque formal y un enfoque funcional

9. La necesidad de un análisis funcional de las operaciones garantizadas es evidente, tal como se señala en toda la Guía con diversas justificaciones, pero sin explicaciones claras. A nuestro entender, ésta es una de las cuestiones más difíciles y de las más controvertidas y debe abordarse abiertamente. Hay aferradas opiniones a favor y en contra de un enfoque funcional de las garantías reales (que abarque cualquier operación cuya función sea dar a una parte la garantía de reembolso de una obligación existente, independientemente de la forma y de la técnica jurídica adoptada por las partes). Toda reforma que entrañe la adopción de un enfoque funcional implica también una mayor revisión de la legislación sobre obligaciones y bienes, así como cambios fundamentales en el modo de abordar cuestiones jurídicas y prácticas. Esta reforma no puede consistir en una introducción relativamente aislada de las garantías reales sin desplazamiento de la posesión que aporte al mercado un nuevo tipo de garantía adaptado a sus necesidades. El objetivo adquiere mayores dimensiones, y tanto la reforma como su ejecución requerirán una preparación y recursos más amplios. Es preciso que las autoridades encargadas de la reforma lo comprendan muy claramente y que sopesen cuidadosamente las ventajas y los inconvenientes de un enfoque puramente funcional. Sobre la base de nuestra experiencia, sugerimos que se adopte un enfoque formal (que abarque no sólo las operaciones que revistan la forma requerida para la constitución de una garantía) que se ajuste a los objetivos económicos de la reforma de las operaciones garantizadas, dejando un margen considerable para alentar la convergencia de regímenes, por ejemplo, introduciendo reglas similares para las operaciones de cuasigarantía en lo relativo a la divulgación, la prelación y la ejecución.

10. Conviene que la terminología empleada al respecto en la Guía sea muy clara, concretamente en la definición de los objetivos fundamentales y en el enfoque básico de las cuestiones de garantía, y que no se asuma implícitamente la adopción de un criterio funcional sin las debidas explicaciones.

d) La Guía debería permanecer abierta al concepto de un régimen de las operaciones garantizadas que abarque los bienes muebles y los inmuebles

11. Otra asunción implícita que se hace en la Guía es la separación estricta entre bienes muebles y bienes inmuebles. Aunque esta separación pueda ajustarse perfectamente a algunos regímenes jurídicos, es posible que no siempre resulte apropiada. Inversamente, en algunos casos, puede ser conveniente que un país trate de reformar ambas cosas al mismo tiempo sometiendo a las mismas reglas las garantías sobre bienes muebles y las garantías sobre bienes inmuebles. La Guía debería dejar abierta esta opción y dar orientación general sobre la forma óptima de abordar una reforma que abarque a la vez los bienes muebles y los bienes inmuebles.

e) Debe expresarse con toda claridad la necesidad de divulgación de las garantías reales

12. La Guía no debe dejar ninguna duda sobre la necesidad de que los regímenes modernos de las operaciones garantizadas prevean un sistema de divulgación a través del cual los terceros puedan saber que el deudor ha constituido una garantía real sobre determinados bienes en beneficio de un acreedor y mediante el cual se resuelvan también las cuestiones de prelación. Esta necesidad debe plasmarse, en particular, en los principios fundamentales de la Guía. Si bien la falta de divulgación no ha impedido que en algunas economías se desarrollara un mercado de créditos garantizados, sería una contradicción que en una economía de mercado abierto se fomentara una mayor utilización de los bienes como garantía y, al mismo tiempo, se permitiera ocultar la existencia de esa garantía a otras personas presentes en el mercado. El principio de la divulgación se está abriendo camino, de forma lenta pero segura, en todos los países de la región en que interviene el BERF. Conviene adoptar difíciles decisiones para aplicar el requisito de la divulgación, como por ejemplo la de los efectos jurídicos de la inscripción en el registro y del carácter no auténtico de la información registrada, y todo ello debe enunciarse claramente en la Guía, tal como se acepta en el actual anteproyecto.

f) La Guía debería adoptar una posición clara en lo relativo a la ejecución

13. La ejecución de una garantía real pone a prueba la absoluta razón de ser de la garantía. Si la ejecución no permite obtener liquidez rápida y eficazmente de los bienes gravados ni el cobro por parte del acreedor garantizado se mina gravemente la confianza en la garantía como medio para reducir los riesgos en los créditos. No obstante, ésta puede ser la parte más difícil de la reforma, dado que el régimen de la ejecución deberá estar necesariamente muy vinculado con las reglas existentes de procedimiento civil en cuestiones como el cobro de la deuda (ejecución de contratos) mediante decisiones judiciales, acciones judiciales para obtener la posesión, medidas cautelares sobre los bienes y ejecución de garantías sobre los bienes muebles e inmuebles. Además, en este aspecto, más que en cualquier otro, la existencia de instituciones y su buen o mal funcionamiento será la clave del éxito de la reforma. Por ejemplo, el sistema judicial, su capacidad, su forma de funcionar y el riesgo de corrupción, la existencia y la eficacia de otras profesiones pueden desempeñar un papel clave en los procedimientos de ejecución (especialmente cuando se realicen de forma privada, por ejemplo, mediante funcionarios judiciales, notarios, otros abogados, subastadores y otros expertos) serán determinantes para el éxito de la reforma.

14. Dada la importancia de la ejecución y dadas las limitaciones para la adopción de un enfoque general prescriptivo cuando deban tenerse en cuenta tantos factores externos, es indispensable remitirse a los objetivos del sistema en cuanto a la puntualidad y la eficiencia. A este respecto, es importante tomar en consideración las expectativas realistas de lo que cabe lograr en un país, en vez de imponer soluciones que puedan funcionar en algunos ordenamientos jurídicos pero que fracasen en otros a causa de las diferencias entre los derechos procesales y los marcos institucionales.

15. A menudo se polarizan las opiniones cuando los debates sobre la ejecución se centran en la intervención judicial. El criterio de conceder a las partes amplios derechos para resolver entre ellas las cuestiones y de limitar la intervención de los tribunales al supuesto de la ausencia de otras reglas aplicables es muy encomiable pero a menudo va en contra de las tradiciones y percepciones profundamente arraigadas sobre el papel de los tribunales. En muchos países se cuenta mucho con la intervención judicial. Cuando existen deficiencias en el modo en que un sistema judicial lleva a cabo su función, es posible que un proceso ineficiente dominado por los tribunales se considere un mal menor respecto a un régimen de autonomía en que los tribunales no puedan asegurar la debida protección contra los abusos o medidas impropias del acreedor. Las soluciones viables radican la mayoría de las veces en una investigación razonada de los distintos métodos con que se puede lograr la ejecución, el posible impacto económico de cada método (y el efecto resultante para la percepción de la garantía) y los distintos medios disponibles para asegurar un equilibrio equitativo entre los intereses justificables del deudor y los del acreedor.

VI. DERECHO DEL TRANSPORTE

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor realizada en su noveno período de sesiones (Nueva York, 15 a 26 de abril de 2002) (A/CN.9/510) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-20	1022
II.	Deliberaciones	21	1026
III.	Preparación de un proyecto de instrumento sobre derecho del transporte	22-190	1026
	A. Consideraciones preliminares	22-25	1026
	B. Debate general	26-70	1028
	1. Ámbito de aplicación	26-34	1028
	a) Aplicabilidad eventual del proyecto de instrumento al transporte de puerta a puerta	26-32	1028
	b) Internacionalidad del transporte	33-34	1031
	2. Comunicaciones electrónicas (artículos 2, 8 y 12 del proyecto)	35-38	1032
	3. Responsabilidad (artículos 4, 5 y 6 del proyecto)	39-47	1033
	a) Responsabilidad del porteador y período de responsabilidad	39-40	1033
	b) Contratos de transporte y reenvío	41-42	1034
	c) Obligaciones del porteador	43-47	1034
	4. Derechos y obligaciones de las partes en un contrato de transporte (proyectos de artículo 7, 9 y 10)	48-54	1036
	a) Obligaciones del cargador (proyectos de artículo 7 y 10)	48-51	1036
	b) Flete (proyecto de artículo 9)	52-54	1037
	5. Derecho de control (proyecto de artículo 11)	55-56	1038
	6. Transferencia de derechos de origen contractual (proyecto de artículo 12)	57	1039
	7. Ejercicio por vía judicial de derechos dimanantes del contrato de transporte (proyectos de artículo 13 y 14) y cuestiones de competencia judicial o jurisdicción	58-61	1039

a) Demanda judicial y plazo para su presentación (proyectos de artículo 13 y 14)	58-60	1039
b) Cuestiones de competencia jurisdiccional	61	1040
8. Autonomía contractual de las partes (proyecto de artículo 17)	62-70	1041
C. Examen de los proyectos de artículo	71-190	1043
1. Proyecto de artículo 1 (Definiciones)	71-110	1043
a) Observación general	72	1046
b) Definición de “porteador” (proyecto de artículo 1.1)	73-74	1046
c) Definición de “consignatario” (proyecto de artículo 1.2)	75-76	1047
d) Definición de “consignador” (proyecto de artículo 1.3)	77-80	1047
e) Definición de “contenedor” (proyecto de artículo 1.4)	81-82	1048
f) Definición de “contrato de transporte” (proyecto de artículo 1.5)	83-85	1049
g) Definición de “datos del contrato” (proyecto de artículo 1.6)	86	1050
h) Definición de “parte controladora” (proyecto de artículo 1.7)	87	1050
i) Definiciones de “comunicación electrónica” (proyecto de artículo 1.8) y de “documento electrónico” (proyecto de artículo 1.9)	88	1050
j) Definición de “flete” (proyecto de artículo 1.10)	89	1051
k) Definición de “mercancías” (proyecto de artículo 1.11)	90	1052
l) Definición de “tenedor” (proyecto de artículo 1.12)	91	1052
m) Definiciones de “documento electrónico negociable” (proyecto de artículo 1.13) y de “documento electrónico no negociable” (proyecto de artículo 1.15)	92	1052
n) Definición de “documento de transporte negociable” (proyecto de artículo 1.14)	93	1052
o) Definición de “documento de transporte no negociable” (proyecto de artículo 1.16)	94	1052
p) Definición de “parte ejecutante” (proyecto de artículo 1.17)	95-104	1053
q) Definición de “derecho de control” (proyecto de artículo 1.18)	105	1054
r) Definición de “cargador” (proyecto de artículo 1.19)	106-107	1054
s) Definición de “documento de transporte” (proyecto de artículo 1.20)	108-110	1055
2. Proyecto de artículo 5 (Obligaciones del porteador)	111-190	1055
3. Proyecto de artículo 7 (Obligaciones del cargador)	144-170	1063
4. Proyecto de artículo 9 (Flete)	171-190	1072

I. Introducción

1. En su 29º período de sesiones, celebrado en 1996[1], la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) estudió una propuesta de que incluyera en su programa de trabajo un examen de las prácticas y leyes actuales en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, con miras a determinar la necesidad de elaborar normas uniformes en aquellos ámbitos en que no existieran dichas normas y a fin de lograr una mayor uniformidad en las leyes[2].

2. En aquel período de sesiones se dijo a la Comisión que las leyes nacionales y los convenios internacionales existentes dejaban importantes lagunas sobre diversas cuestiones que representaban un obstáculo para la libre circulación de mercancías y aumentaban el costo de las operaciones. El empleo creciente de medios electrónicos de comunicación en el transporte de mercancías agravaba aun más las consecuencias de esas leyes fragmentarias y dispares y hacía sentir también la necesidad de elaborar disposiciones uniformes que regularan las cuestiones concretas que planteaba la utilización de las nuevas tecnologías[3].

3. En ese período de sesiones, la Comisión decidió que la Secretaría reuniera información, ideas y opiniones sobre los problemas que surgían en la práctica, así como sobre las posibles soluciones al respecto, con miras a presentar posteriormente un informe a la Comisión. Se convino en que para recoger toda esa información deberían consultarse muy diversas fuentes, no sólo los gobiernos, sino también las organizaciones internacionales que representaban a los sectores comerciales del ramo de los transportes marítimos de mercancías, tales como el Comité Marítimo Internacional (CMI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Unión Internacional de Seguros de Transporte, la Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga, la Cámara Naviera Internacional y la Asociación Internacional de Puertos[4].

4. En su 31º período de sesiones, celebrado en 1998, se declaró ante la Comisión, en nombre del CMI, que éste acogía con beneplácito la invitación a que cooperara con la Secretaría para recabar opiniones de los sectores interesados en el transporte internacional de mercancías y para preparar un análisis de esa información.

5. En el 32º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1999, se comunicó en nombre del CMI que se había pedido a un grupo de trabajo del CMI que preparara un estudio sobre una amplia variedad de cuestiones relativas al derecho internacional del transporte con miras a determinar los aspectos en que se requería unificación o armonización por parte de los sectores comerciales interesados[5].

6. En ese período de sesiones se informó también a la Comisión de que el grupo de trabajo del CMI había enviado un cuestionario a todas las organizaciones miembros del CMI representativas de un gran número de ordenamientos jurídicos. El objetivo del CMI, una vez recibidas las respuestas al cuestionario, consistía en crear un subcomité internacional que se encargara de analizar los datos y sentar las

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/51/17).
[2] Ibíd., párr. 210.
[3] Ibíd.
[4] Ibíd., párr. 215.
[5] Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 413.

bases de la labor futura de armonización del régimen del transporte internacional de mercancías. El CMI aseguró a la Comisión que le brindaría su asistencia para la preparación de un instrumento de armonización universalmente aceptable[6].

7. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de derecho del transporte (A/CN.9/476), en el que se consignaba el desarrollo de la labor que llevaba a cabo el CMI en colaboración con la Secretaría. También se le presentó verbalmente un informe en nombre del CMI. En colaboración con la Secretaría, el grupo de trabajo del CMI había iniciado una investigación basada en un cuestionario dirigido a las organizaciones integrantes del CMI que abarcaba diferentes ordenamientos jurídicos. También se señaló que, al mismo tiempo, se había celebrado una serie de mesas redondas con objeto de determinar la naturaleza de la labor futura con organizaciones internacionales que representaban a diversos sectores comerciales. En esas reuniones se puso de manifiesto que el apoyo de esos sectores al proyecto y su interés por éste no habían disminuido.

8. El 6 de julio de 2000, en el contexto del 33º período de sesiones de la Comisión, se celebró en Nueva York un coloquio sobre el derecho del transporte, organizado conjuntamente por la Secretaría y el CMI. El coloquio tuvo por objeto reunir ideas y las opiniones de los expertos sobre los problemas que se planteaban en el transporte internacional de mercancías, en particular en materia de transporte marítimo, y determinar cuestiones relativas al derecho del transporte que la Comisión pudiera considerar dignas de examen en el futuro y, en la medida de lo posible, sugerir soluciones.

9. En el curso del coloquio, la mayoría de los oradores reconocieron que las normas de derecho interno y los convenios internacionales vigentes contenían importantes lagunas sobre cuestiones como el funcionamiento de los conocimientos de embarque y las cartas de porte marítimo, la relación de esos documentos de transporte con los derechos y obligaciones entre el vendedor y el comprador de las mercancías y la posición jurídica de las entidades que financiaban a una de las partes en el contrato de transporte. En general hubo consenso en que, debido a los cambios que habían traído consigo el desarrollo de los transportes multimodales y el comercio electrónico, era necesario reformar el régimen jurídico del transporte con objeto de regular todos los contratos de transporte, tanto si se aplicaban a una o más modalidades de transporte como si se celebraban de forma electrónica o por escrito. Entre las cuestiones que se plantearon para tener en cuenta en el proceso de reforma figuraban las de formular definiciones más exactas de las funciones, responsabilidades, derechos y obligaciones de todas las partes interesadas y enunciar con más claridad cuándo se suponía que se perfeccionaba la entrega, las normas para regular los casos en que no quedaba claro en qué etapa de la operación de transporte se había perdido o dañado la carga, las disposiciones o el régimen de responsabilidad aplicables, así como los límites financieros de responsabilidad, y la incorporación de disposiciones encaminadas a prevenir el empleo fraudulento de los conocimientos de embarque.

[6] Ibíd., párr. 415.

10. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición un informe del Secretario General (A/CN.9/497) que había sido preparado atendiendo a la solicitud de la Comisión[7].

11. En ese informe se resumían las opiniones y sugerencias emanadas hasta ese momento de las deliberaciones del Subcomité Internacional del CMI en materia de derecho del transporte. No se presentaron los detalles de las posibles soluciones legislativas porque el Subcomité los estaba estudiando. El informe tenía por objeto ayudar a la Comisión a determinar los aspectos principales y el alcance de las posibles soluciones y decidir de qué manera deseaba proceder al respecto. Entre las cuestiones consignadas en el informe para regular en el futuro instrumento figuraban las siguientes: el ámbito de aplicación del instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones del porteador, la responsabilidad del porteador, las obligaciones del cargador, los documentos de transporte, el flete, la entrega al consignatario, el derecho de supervisión de las partes interesadas en la carga durante el transporte, la transferencia de derechos sobre mercancías, la parte que tenía derecho a interponer una demanda contra un porteador, y el plazo límite para tal demanda.

12. En el informe se sugería que las consultas celebradas por la Secretaría en cumplimiento del mandato que le encomendó la Comisión en 1996 indicaban que ya se podía iniciar la preparación de un instrumento internacional, posiblemente de la categoría de un tratado internacional, encaminado a modernizar el derecho del transporte teniendo en cuenta los últimos adelantos tecnológicos como el comercio electrónico, y a solucionar los problemas jurídicos del transporte marítimo internacional de mercancías determinados por la Comisión. El CMI estaba progresando en la elaboración de posibles soluciones legislativas, y para diciembre de 2001 se esperaba haber preparado un texto preliminar con proyectos de posibles soluciones, conjuntamente con opciones y comentarios, para un futuro instrumento legislativo.

13. Tras un debate, la Comisión decidió establecer un grupo de trabajo que se denominaría “Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte” para que examinara el proyecto. Se esperaba que la Secretaría preparara para el Grupo de Trabajo un documento de trabajo preliminar que contuviera proyectos de posibles soluciones para un futuro instrumento legislativo, con variantes y observaciones, que estaba a cargo del CMI.

14. En cuanto al alcance de la labor, tras algún debate la Comisión decidió que en el documento de trabajo que se presentara al Grupo de Trabajo se trataran cuestiones relacionadas con la responsabilidad. La Comisión decidió también que las deliberaciones del Grupo de Trabajo abarcaran en un principio las operaciones de transporte de puerto a puerto; no obstante, el Grupo de Trabajo tendría libertad para estudiar si sería conveniente y viable ocuparse también de las operaciones de transporte de puerta a puerta, o de determinados aspectos de esas operaciones y, según los resultados de esos estudios, recomendar a la Comisión una ampliación apropiada del mandato del Grupo de Trabajo. Se indicó que debían tenerse cuidadosamente en cuenta también las soluciones incorporadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991). Se convino asimismo en que

[7] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 427.

la labor se llevase a cabo en estrecha colaboración con organizaciones intergubernamentales interesadas en el tema del derecho de transporte (como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Comisión Económica para Europa (CEPE) y otras comisiones regionales de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos (OEA)), así como con organizaciones no gubernamentales internacionales.

15. El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su noveno período de sesiones en Nueva York del 15 al 26 de abril de 2002. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Burkina Faso, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Suecia y Tailandia.

16. También asistieron observadores de los siguientes Estados: Angola, Australia, Belarús, Chile, Chipre, Côte d'Ivoire, Dinamarca, Ecuador, Filipinas, Finlandia, Jordania, Países Bajos, Perú, República de Corea, Senegal, Suiza, Túnez y Venezuela.

17. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Sistema de las Naciones Unidas**: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE);

b) **Organizaciones intergubernamentales**: Comunidad Andina;

c) **Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión**: Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMTA), Asociación Mundial de Antiguos Pasantes y Becarios de las Naciones Unidas, Cámara Naviera Internacional, Comité Marítimo Internacional (CMI), Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga, Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización, Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, Transportation Intermediaries Association, Unión Internacional de Abogados (UIA) y Unión Internacional de Seguros de Transporte.

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

Presidente: Rafael Illescas (España)

Relator: Walter de Sá Leitão (Brasil)

19. El Grupo de Trabajo tuvo a la vista los siguientes documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.III/WP.20);

b) Anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías: Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21);

c) Nota de la Secretaría: Anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías: observaciones de la Comisión Económica para Europa y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1).

20. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones

21. El Grupo de Trabajo realizó un análisis preliminar de las disposiciones del proyecto de instrumento que figura en el anexo de la nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21), para lo cual tuvo en cuenta las observaciones presentadas por la CEPE y la UNCTAD, que se hacen constar en los anexos I y II del apéndice de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1). El Grupo de Trabajo señaló a la Comisión que había procedido conforme a la hipótesis de trabajo provisional de que el proyecto de instrumento abarcaría las operaciones de transporte de puerta a puerta (véase el párrafo 32 *infra*). Se invitó a la Comisión a que examinara esa hipótesis de trabajo. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no concluyó el examen del proyecto de instrumento, que aplazó hasta su décimo período de sesiones, que se prevé celebrar en Viena del 16 al 20 de septiembre de 2002, previa aprobación de la Comisión. Se pidió a la Secretaría que preparara disposiciones revisadas del proyecto de instrumento sobre la base de las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo se consignan en el capítulo III *infra*.

III. Preparación de un proyecto de instrumento sobre derecho del transporte

A. Consideraciones preliminares

22. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones respecto de la preparación de un proyecto de instrumento sobre derecho del transporte (en adelante “el proyecto de instrumento”). Hubo consenso general en que la finalidad de su labor era acabar con la multiplicidad de regímenes de la responsabilidad aplicables al transporte por mar de mercancías, así como ajustar el derecho del transporte marítimo a las necesidades y realidades de las prácticas internacionales en materia de transporte marítimo. El Grupo de Trabajo agradeció la labor efectuada por el Comité Marítimo Internacional (CMI) en la preparación de un proyecto de instrumento y del comentario adjunto. Se sostuvo que al elaborar el proyecto de instrumento había que tomar en consideración los convenios y convenciones que actualmente regían los diversos modos de transporte y debían compaginarse los intereses de los cargadores con los de los porteadores.

23. El Grupo de Trabajo decidió iniciar su labor mediante un intercambio general de pareceres sobre los principios generales en los que se inspiraría el proyecto de

instrumento, en vez de por un examen pormenorizado de cada uno de sus artículos. A fin de ayudar a estructurar ese examen general, se convino en que se examinaran siete temas, haciéndose en cada caso remisión a toda disposición del proyecto de instrumento que fuera del caso. Esos temas son: ámbito de aplicación (proyecto de artículo 3); comunicación electrónica (proyectos de artículo 2, 8 y 12); responsabilidad del porteador (proyectos de artículo 4, 5 y 6); derechos y obligaciones de las partes en el contrato de transporte (proyectos de artículo 7, 9 y 10); derecho de control (proyecto de artículo 11); transferencia de derechos de origen contractual (proyecto de artículo 12); y ejercicio por vía judicial de todo derecho nacido del contrato (proyectos de artículo 13 y 14). A sugerencia de una delegación, el Grupo de Trabajo convino en que se añadiera un nuevo tema sobre la autonomía contractual de las partes (actualmente regulada en el proyecto de artículo 17) para ser examinada en el curso del presente análisis temático del proyecto de instrumento.

24. Se partió del parecer general de que el nuevo régimen deberá ser formulado a la luz de toda interacción eventual entre dicho régimen y el régimen de otros convenios sobre derecho del transporte que puedan ser aplicables. Se convino asimismo en que al preparar todo nuevo instrumento relativo a ciertos aspectos del transporte marítimo, se había de prestar máxima atención a la necesidad de velar por la seguridad. Se estimó que a los efectos de la preparación del proyecto de instrumento sería muy útil presentar en forma de tabla comparativa de las disposiciones del proyecto de instrumento paralelamente a las de otros textos de derecho marítimo como el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 1978 (que en adelante se denomina también “las Reglas de Hamburgo”), el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos (Bruselas, 1924, también denominado “las Reglas de La Haya”), el Protocolo que modifica este último Convenio (Bruselas, 1968, en adelante denominado también “las Reglas de La Haya-Visby”), así como frente a las de otros convenios seleccionados entre los instrumentos actualmente vigentes en materia de transporte por carretera, por ferrocarril y por aire, tales como el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (Ginebra, 1956, CMR), el Convenio sobre Transporte Internacional por Ferrocarril (Berna, 1980, COTIF), el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Convenio de Varsovia de 1929) y el Convenio de Budapest de 1920 relativo al contrato de transporte de mercaderías por vías de navegación interior (en adelante también denominado “el CMNI”). El Grupo de Trabajo adoptó esa sugerencia.

25. El Grupo de Trabajo tomó nota con interés de que la UNCTAD preparaba actualmente un estudio de viabilidad con miras a la preparación de un nuevo convenio para el transporte multimodal, examinando asimismo su conveniencia y aceptabilidad, además de su viabilidad.

B. Debate general

1. Ámbito de aplicación

a) Aplicabilidad eventual del proyecto de instrumento al transporte de puerta a puerta

26. El Grupo de Trabajo dedicó considerable atención a la cuestión de si el período de responsabilidad del porteador regulado por el proyecto de instrumento había de quedar limitado a las operaciones de transporte de puerto a puerto o si, en el supuesto de que el contrato comprendiera un tramo por tierra previo o posterior (o previo y posterior) al tramo marítimo, el proyecto de instrumento sería además aplicable al contrato en su totalidad (noción del transporte de puerta a puerta). Las deliberaciones se iniciaron por sugerencias de que -dado que un número importante y cada vez mayor de contratos de transporte por mar, en particular el transporte por línea regular en contenedores, comprendía un tramo por tierra previo y otro posterior al tramo marítimo- era deseable prever en el proyecto de instrumento su relación con los convenios que rigen el transporte por tierra en determinados países. El proyecto de artículo 4.2.1 (transporte que preceda al transporte por mar o sea subsiguiente a él) presentado entre corchetes, en el documento A/CN.9/WG.III/WP.21, señalaba el enfoque sugerido. El proyecto de artículo preveía al respecto un sistema interconectado pero del menor alcance posible. El régimen del proyecto de instrumento sería únicamente desplazable, caso de ser aplicable al tramo terrestre del transporte de puerta a puerta el régimen de un convenio de rango imperativo en el territorio del Estado de que se trate, y caso de que se determinara claramente que la pérdida o el daño invocados se produjeron únicamente en el curso del transporte por ese tramo terrestre. Ello significaba que, si el daño se producía a lo largo de más de un tramo del transporte de puerta a puerta o si no era posible determinar dónde había ocurrido el daño, el proyecto de instrumento sería aplicable a la totalidad del período de tránsito de puerta a puerta.

27. Se sugirió restringir el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento a las operaciones de transporte de puerto a puerto. Se adujo como razón que la extensión del alcance del proyecto de régimen marítimo a las operaciones de transporte de puerta a puerta requeriría consultas con las organizaciones de transportistas terrestres, que se omitieron durante la labor preparatoria del documento A/CN.9/WG.III/WP.21. Se dijo, no obstante, en respuesta que, si bien los métodos de trabajo de la Comisión y del Grupo de Trabajo daban amplia oportunidad para que esas consultas se celebraran oportunamente, el régimen propuesto para el transporte de puerta a puerta tenía en cuenta los intereses legítimos de los transportistas terrestres al declararse aplicable, en el proyecto de instrumento, todo régimen de responsabilidad de rango imperativo dimanante de un tratado y aplicable al caso considerado.

28. Otro argumento aducido contra extender el ámbito de aplicación del nuevo régimen a las operaciones de puerta a puerta fue el de que no había tenido éxito la anterior tentativa de preparar un convenio multimodal, a saber: el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías (Ginebra, 1980), por lo que incluir al transporte multimodal en el proyecto de instrumento podría comprometer su futura aceptabilidad. Se dijo asimismo que las Reglas de la UNCTAD/CCI aplicables a los documentos relativos al transporte multimodal facilitaban una solución contractual que en la práctica funcionaba, lo

que reducía la necesidad de un régimen legal. Además, la UNCTAD estaba preparando un estudio sobre la viabilidad de un nuevo régimen multimodal internacional, por lo que sería aconsejable esperar a ver el resultado de ese estudio antes de adoptar una decisión en la materia respecto del proyecto de instrumento. Se respondió, no obstante, a este argumento que la fórmula de puerta a puerta presentada a examen no estaba destinada a ofrecer un régimen multimodal completo sino un régimen marítimo que tuviera en cuenta la realidad de que el transporte por mar de mercancías solía ir precedido o seguido por tramos de transporte por tierra. El régimen del instrumento reconocía esa realidad, por lo que se limitaba a prever una solución para los conflictos que pudiera haber con todo régimen imperativo del transporte terrestre dimanante de un tratado. Se sugirió asimismo que limitar el alcance del proyecto de instrumento al solo tramo marítimo de la operación de transporte podría dar lugar a una solución que se tendría por insatisfactoria para la armonización del derecho del transporte, y que la solución propuesta para el transporte puerta a puerta hacía que el proyecto resultara más atractivo.

29. Se dijo asimismo que extender el régimen del transporte marítimo a los segmentos terrestres de la operación previos o subsiguientes al transporte por mar pudiera complicar el panorama jurídico de la operación si el régimen del transporte por mar era declarado aplicable a ciertas cuestiones mientras que el régimen del transporte por tierra (en la medida en que fuera imperativo) era declarado aplicable a otras cuestiones, lo que dificultaría la interpretación y conciliación de esos regímenes. Además, el transporte de mercancías por tierra se regiría por distintas reglas según que formara o no parte de una operación de transporte de puerta a puerta con un tramo marítimo. Se respondió a este argumento que el sistema de interconexión mínimo previsto en el proyecto de articulo 4.2.1 era viable y respondía a las expectativas contractuales de las partes, por lo que el proyecto de artículo constituía un buen punto de partida para el examen de soluciones que cabría ir perfilando aun más a fin de evitar toda dificultad de interpretación de las mismas. Más aun, conforme a otras modalidades de transporte, particularmente con arreglo al Convenio de Varsovia, las partes gozaban de autonomía para determinar contractualmente lo relativo a todo tramo de transporte terrestre anterior o subsiguiente al transporte aéreo, en la medida en que lo permitiera todo régimen imperativo aplicable al transporte por tierra, ofreciendo así una solución que funcionaba satisfactoriamente en la práctica.

30. Se expresó considerable apoyo al parecer de que el régimen legal aplicable a toda operación marítima de exportación o importación de mercancías no debería tratar el tramo marítimo en aislamiento del resto de una operación de transporte de puerta a puerta. El proyecto de instrumento debería responder a la realidad de que en la práctica el tráfico por línea regular en contenedores solía estar estructurado en operaciones de puerta a puerta y que a la vista de los avances tecnológicos, particularmente en el campo del comercio electrónico, así como de la mejora de los servicios logísticos era seguro que esas operaciones serían mas frecuentes en el futuro. Porteadores no navieros o no explotadores de buques (NVOC) ofrecían cada vez más a menudo servicios puerta a puerta y se emitían documentos de transporte con cobertura total de la operación puerta a puerta; sería por ello artificial limitar la reglamentación legislativa del transporte por contenedores al segmento de la operación efectuado de puerto a puerto ya que el contenido de los contenedores no era verificado al comienzo y al final del tramo marítimo sino en el lugar convenido de un recinto comercial del cliente. Esa realidad podía verse reflejada en la

definición de "contrato de transporte" dada en el proyecto de artículo 1, a tenor de la cual se trataba de un contrato en virtud del cual se transportaban mercancías "total o parcialmente" por mar. La vía sugerida para resolver la problemática global de las operaciones puerta a puerta consistía en resolver los conflictos eventuales entre el régimen de los diversos tratados aplicables a fin de evitar que el proyecto de instrumento desplazara disposiciones de rango imperativo de convenios como el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) y el Convenio sobre Transporte Internacional por Ferrocarril (COTIF). Si bien el concepto actualmente reflejado en el proyecto de artículo 4.2.1 habría de ser examinado y perfilado algo más, se trataba de un criterio que gozaba de indudable respaldo por responder a las expectativas de la comunidad comercial. Se dijo además que por razón del concepto, aún no examinado por el grupo de trabajo, de "parte ejecutante" (proyecto de artículo 1.17), un transportista por carretera, que efectuara directamente el transporte de las mercancías, sería responsable ante el propietario de la carga en su calidad de parte ejecutante, por lo que el proyecto de instrumento habría de resolver todo conflicto eventual entre el régimen del proyecto de instrumento y el régimen imperativo aplicable al transporte por carretera.

31. Se observó a ese respecto que el tramo terrestre del transporte se regiría por el derecho interno aplicable y no por un régimen imperativo unificado por medio de un tratado internacional (ya sea porque el Estado en cuestión no fuese parte en un tratado aplicable a ese transporte o por razón de que el tramo terrestre del transporte no era en sí internacional, al no reunir las condiciones para la aplicabilidad del tratado). Si bien la versión actual del apartado b) del artículo 4.2.1 sólo prevé que el régimen del proyecto de instrumento deje de ser aplicable en el supuesto de que lo sea una disposición de rango imperativo de algún convenio internacional, se dijo que tal vez convenga examinar la relación entre el régimen del instrumento y las disposiciones de derecho interno no unificado que sean aplicables al tramo terrestre del transporte (a las que se aludía en la última oración del párrafo 50 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21).

32. Al examinar esta cuestión el Grupo de Trabajo estuvo consciente del mandato recibido de la Comisión[a], en particular del hecho de que la Comisión hubiera decidido que el Grupo de Trabajo comenzaba por examinar las operaciones de transporte de puerto a puerto, aun cuando se facultaba el Grupo de Trabajo, para considerar la conveniencia y viabilidad de ocuparse de las operaciones de transporte de puerta a puerta, o de ciertos aspectos de esas operaciones, a fin de que recomendara, a la luz de ese examen, si procedía que la Comisión ampliara ese mandato. Habida cuenta de que el Grupo de Trabajo era del parecer de que sería conveniente incluir en el ámbito de las deliberaciones del Grupo de Trabajo las operaciones de puerta a puerta, tratando de preparar un régimen que resolviera todo conflicto entre el régimen del instrumento y toda disposición aplicable al tramo terrestre, en supuestos en los que el transporte marítimo fuera complementado por uno o más tramos de transporte terrestre. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo pidió a la Comisión que aprobara el enfoque sugerido por el Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo consideró que sería conveniente proseguir su examen del proyecto

[a] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 345.

de instrumento partiendo del supuesto de que sería aplicable a las operaciones de transporte de puerta a puerta.

b) Internacionalidad del transporte

33. El Grupo de Trabajo examinó las repercusiones del enfoque adoptado en materia de internacionalidad en el proyecto de artículo 3. Concretamente, se cuestionó que las disposiciones determinantes del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento arrojaran un resultado distinto en cuanto a la aplicabilidad del proyecto de instrumento según que en el segmento previo o posterior al tramo marítimo se diera o no un elemento de internacionalidad. Se consideró en general que el proyecto de instrumento debería ser aplicable en todo supuesto en el que un elemento de internacionalidad tipificara el contrato global de transporte como internacional, con independencia de si uno o más de los segmentos del transporte eran puramente internos. Para ilustrar este punto, se dijo que el proyecto de instrumento debería ser aplicable a una operación de transporte iniciada en Madrid y concluida en Filadelfia, en la que las mercancías serían transportadas por carretera de Madrid a Cádiz, por mar de Cádiz a Nueva York, y por carretera de Nueva York a Filadelfia. El proyecto de instrumento debería ser igualmente aplicable a una operación de transporte entre Berlín y Buffalo, en la que las mercancías se transportaran por ferrocarril de Berlín a Rotterdam, por mar de Rotterdam a Montreal, y por carretera de Montreal a Buffalo. En el contexto de ese debate, se observó que, al preparar el proyecto de instrumento, se habría de prestar particular atención a la necesidad de resolver claramente todo conflicto eventual entre diversos regímenes legales, (ya fueran de origen interno o internacional) que pudieran ser aplicables a los diversos segmentos de una operación de transporte según cual fuera la modalidad de transporte utilizada. Por ejemplo, para resolver el supuesto anteriormente mencionado de una operación de transporte entre Berlín y Buffalo, se había de preferir la solución más simple y globalmente eficaz de que el proyecto de instrumento rigiera la totalidad de la operación, con independencia de los segmentos en los que el transporte fuera interno. Se observó, no obstante, que esa solución sencilla difería de la solución más restrictiva y compleja adoptada con la ocasión de la reciente revisión del Convenio COTIF, conforme a la cual los segmentos de transporte complementarios del tramo ferroviario se regirían por el régimen del COTIF únicamente si esos segmentos eran de índole puramente interna.

34. Respecto de los diversos factores enunciados en los apartados a) a e) del proyecto de artículo 3.1 para determinar la internacionalidad del transporte, se expresó en general apoyo por adoptar el criterio más amplio posible para la determinación del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. En lo relativo a la formulación del texto, se observó que, de conformidad con la opción del transporte puerta a puerta adoptada como hipótesis de trabajo por el Grupo de Trabajo, debía optarse por las palabras “lugar de recepción” y “lugar de entrega” en lugar de “puerto de carga” y “puerto de descarga”. Se observó, a ese respecto, que el expedidor tal vez no supiera cuál había de ser el puerto de carga o el puerto de descarga o algún otro puerto intermedio. Respecto del contenido de la disposición, se expresaron dudas respecto de si el lugar donde se concertaba el contrato, mencionado en el apartado d), debía ser considerado como un factor determinante de la aplicación del proyecto de instrumento. Se observó en general que, en la moderna práctica de transporte, el lugar donde se concertaba el contrato era en

general irrelevante respecto del cumplimiento del contrato de transporte y, de recurrirse al comercio electrónico, ese lugar sería imposible o muy difícil de determinar.

2. Comunicaciones electrónicas (artículos 2, 8 y 12 del proyecto)

35. Recibió un apoyo considerable el criterio con el que se regulaban las comunicaciones electrónicas en los artículos 2, 8 y 12 del proyecto. Se señaló al Grupo de Trabajo la necesidad de revisar el proyecto de instrumento a fin de armonizarlo con el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico tanto en lo relativo al fondo como la terminología.

36. En general el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que se estableciera una equivalencia funcional entre los documentos de transporte existentes, como los conocimientos de embarque negociables o no negociables, y los sistemas de comunicaciones electrónicas implantados para sustituir este tipo de documentos en operaciones electrónicas. No obstante, se observó que uno de los objetivos del proyecto de instrumento era establecer reglas autónomas sobre cuya base se reconociera directamente el valor jurídico de las comunicaciones electrónicas equiparándolas a los documentos sobre papel sin hacer necesariamente referencia a los conceptos tradicionales de documentación de transporte sobre papel. A este respecto, cabría decir que el proyecto de instrumento no se limita a reconocer la equivalencia funcional entre los documentos sobre papel y sus equivalentes electrónicos. Otra ventaja de ese criterio sería que el proyecto de instrumento atenuaría así los problemas que pudieran plantear las diferencias entre regímenes en la interpretación de conceptos como el de “conocimiento de embarque”, en los que podrían entrar los documentos negociables y no negociables.

37. Por lo que respecta al contenido de las normas concretas enunciadas en el proyecto de artículo 2, se hicieron diversas sugerencias. Una de ellas consistía en que se previera un mecanismo para identificar con suficiente claridad al iniciador del documento o de los documentos electrónicos que se utilizaran en lugar del conocimiento de embarque. También se sugirió que en el proyecto de instrumento se fijaran requisitos para el almacenamiento de los documentos electrónicos a fin de preservar la integridad de su contenido. Según otra sugerencia más general, el proyecto de instrumento debería regular los medios por los cuales pudiera traspasarse a las operaciones electrónicas la función de transferibilidad que existía en los conocimientos de embarque negociables. Se sostuvo que no bastaría una mera referencia a “disposiciones adecuadas” en los acuerdos concertados entre las partes para regular la cuestión de la negociabilidad, que tal vez tuviera que tomarse en consideración también en situaciones de hecho en que las partes no hubieran convenido nada en previsión de las comunicaciones electrónicas. A este respecto se expresó la opinión de que el proyecto de instrumento debería exigir que las partes concertaran expresamente la utilización de comunicaciones electrónicas. También se sugirió que en el proyecto de instrumento se previeran reglas para resolver los posibles conflictos entre las versiones sobre papel y electrónicas de los documentos de transporte expedidos para un mismo contrato de transporte, en particular para el supuesto en que no se hubieran presentado todos los originales de un conocimiento de embarque sobre papel antes de la expedición de la versión electrónica.

38. El Grupo de Trabajo tomó nota de todas estas sugerencias para proseguir ulteriormente con el debate sobre las comunicaciones electrónicas sobre la base de las disposiciones enunciadas en los artículos 2, 8 y 12 del proyecto.

3. Responsabilidad (artículos 4, 5 y 6 del proyecto)

a) Responsabilidad del porteador y período de responsabilidad

39. Ateniéndose a su decisión de limitarse a hacer un examen general de los temas, el Grupo de Trabajo emprendió un análisis preliminar de los enfoques generales seguidos en los artículos 4, 5 y 6 del proyecto. Se convino en general que esas disposiciones se habían formulado como componentes esenciales del proyecto de instrumento y que representaban una base para debatir el régimen aplicable a las obligaciones y responsabilidades del porteador. Se señaló que en el enunciado de las disposiciones se había tratado de mantener varias características importantes de convenciones internacionales y leyes vigentes. También se convino en la necesidad de leer conjuntamente los artículos 4, 5 y 6 del proyecto, particularmente debido a que el alcance de las obligaciones y de la responsabilidad del porteador que se enunciaba en los artículos 5 y 6 del proyecto, respectivamente, dependían del momento en que empezaba y terminaba, en virtud del proyecto de artículo 4, el período de responsabilidad del porteador.

40. En referencia al criterio seguido en el proyecto de artículo 4.1.1, se observó que el proyecto de disposición parecía basarse en el principio en virtud del cual la responsabilidad del porteador guardaba relación con el concepto de custodia de las mercancías por parte de éste (custodia que empezaba con la recepción de las mercancías y terminaba con su entrega). Según una opinión muy general, el concepto de custodia había prevalecido, en cualquier caso, en los instrumentos internacionales que regulaban otros modos de transporte, y otro tanto debería ocurrir en el contexto del proyecto de instrumento. A este respecto, se expresaron algunas reservas sobre los criterios seguidos en los artículos 4.1.2 y 4.1.3 del proyecto, en virtud de los cuales el momento exacto de la recepción y de la entrega de las mercancías dependía de los arreglos contractuales concertados entre las partes o debía decidirse conforme a los usos y costumbres. Se expresó la opinión de que esa flexibilidad contractual estaba en contradicción con instrumentos de transporte como el Convenio COTIF y la Convención relativa al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior (CMNI), introducía incertidumbre en el régimen vinculante de responsabilidad enunciado en el proyecto de instrumento y que incluso podía dar pie a manipulaciones al determinar el momento en que empezaba y terminaba la responsabilidad. Se argumentó que este concepto de flexibilidad contractual podía minar el objetivo de que el proyecto de instrumento abarcara el transporte de puerta a puerta. No obstante, se apoyaron las opiniones conforme a las cuales el lugar y la fecha de entrega de las mercancías deberían dejarse en manos del porteador y del cargador (que eran ambos partes comerciales capaces de evaluar los riesgos y las repercusiones de lo que convinieran al respecto). Esta autonomía contractual era necesaria para reflejar el hecho de que el momento en que empezaba y terminaba la custodia de las mercancías dependía de circunstancias como las prácticas seguidas en los distintos puertos, las características de los buques y de las mercancías, el equipo para la carga de las mercancías y elementos similares. Se sostuvo que no era incorrecto conceder a las

partes la libertad para determinar de común acuerdo el momento en que empezaba y terminaba la custodia de las mercancías, siempre y cuando el período de la custodia de las mercancías por el porteador coincidiera con el período de responsabilidad. Se observó que, también en virtud del artículo 4, párrafos 1 y 2, de las Reglas de Hamburgo (con arreglo al cual la responsabilidad empezaba a partir del momento en que las mercancías eran recibidas en el puerto de carga y terminaba en el momento de la entrega en el puerto de descarga), estaba implícito que el porteador y el cargador disponían de cierto margen para convenir si la entrega y la recepción hubieran de producirse, por ejemplo, en el muelle o en algún otro lugar del puerto. Se observó que sería conveniente analizar las reglas de responsabilidad tanto en la opción de puerto a puerto como en la de puerta a puerta. Con respecto al artículo 4.2.1, algunas delegaciones consideraron que no podían aprobar que el régimen marítimo se hiciera extensivo al transporte previo y posterior al tramo marítimo del modo que se proponía en el proyecto de artículo. Se sostuvo que había también otras opciones en cuanto a los elementos de un sistema de redes. Habría que examinar el régimen aplicable a los daños no localizados teniendo en cuenta los regímenes aplicables al transporte por tierra.

b) Contratos de transporte y reenvío

41. Se expresaron opiniones sobre la posibilidad de que el porteador y el cargador convinieran expresamente en que el porteador, en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, organizara, en calidad de representante, un ulterior transporte (posibilidad expresamente enunciada en el proyecto de artículo 4.3). Se expresaron reservas acerca de esa posibilidad, pues se consideraba que daban pie a la subcontratación de una parte del transporte y excluían la responsabilidad por ese ulterior transporte al estipularse que el porteador lo organizaba en calidad de representante. Si bien hubo adhesiones a este criterio (en particular cuando se utilizaran condiciones contractuales impresas para reducir el período de responsabilidad sin tener en cuenta el contexto concreto en que terminaría la responsabilidad del porteador y éste asumiría la función de representante), según otras opiniones, no se consideró razonable que la legislación tratara de impedir que las partes convinieran en que una de ellas actuara como representante de la otra si se trataba de una decisión considerada y conjunta de las partes.

42. Se observó también que otras convenciones de transporte no preveían la posibilidad de que el porteador actuara como representante (o casi como transitario) para el propietario de la carga y que el proyecto de instrumento no debería prever tal posibilidad. Sin embargo, se argumentó que aunque la legislación no previera esa posibilidad, no se descartaba que las partes pudieran convenir en ella, y que, a fin de proteger los intereses de las partes, sería útil aclarar las prácticas existentes y establecer condiciones para impedir abusos.

c) Obligaciones del porteador

43. Con respecto al proyecto de artículo 5.4 se apoyó enérgicamente la idea de imponer al porteador una obligación de diligencia debida para toda la duración del viaje manteniendo en el texto las palabras “y después de él” y “y mantenerla”, que figuran entre corchetes. Entre las opiniones expresadas a favor de esta idea se señaló que, con sistemas mejorados de comunicación y de localización que permitían a los

porteadores seguir de cerca el viaje de un buque, la obligación continua de debida diligencia se ajustaba a las prácticas comerciales modernas. No obstante, se dijo que el grado de diligencia dependería o debería depender del contexto; es decir que la obligación del porteador variaría en función de si el buque estuviera navegando o atracado en un puerto. Además, se sugirió que esta obligación de debida diligencia se formulara de modo que tuviera en cuenta la evolución de normas como el Código Internacional de Gestión (ISM) y de las normas internacionales que elaborara, en particular, la Organización Marítima Internacional. A pesar del amplio apoyo con que contó la obligación continua de debida diligencia, se expresó el temor de que la ampliación de la vigencia de esta obligación del porteador para todo el viaje supusiera una mayor carga para los porteadores y que éstos hicieran repercutir el aumento de los costos conexos en el precio de los fletes. También se sugirió que, de aceptarse la ampliación de esta obligación para todo el viaje, habría que reconsiderar el proyecto de artículo 5.2.2. Se recordó que el proyecto de artículo 5.2.2 tenía la finalidad de prever cláusulas de f.i.o (franco de carga y descarga) y de f.i.o.s. (franco de carga estibada y descarga). Se apoyó la inclusión de este proyecto de artículo en el texto porque resolvía la incertidumbre jurídica existente acerca de la responsabilidad de un cargador en virtud de una cláusula f.i.o. o f.i.o.s. después de la carga o estiba de las mercancías. Además se argumentó que, habida cuenta de que en algunos ordenamientos jurídicos la adopción de cláusulas f.i.o.s. implicaba que el régimen armonizado e imperativo de la responsabilidad del porteador no era aplicable, la previsión de cláusulas f.i.o.s. en el proyecto de instrumento tenía la ventaja de eliminar toda duda sobre el principio de si el porteador tenía una obligación continua de debida diligencia aun cuando las partes no hubieran convenido tal cláusula. Se expresó cierta preocupación por el hecho de que, al permitir a las partes hacer una excepción a la regla en su contrato, el proyecto de artículo 5.2.2 podía minar el principio de la uniformidad.

44. Con respecto al proyecto de artículo 6.1.1 relativo a la responsabilidad del porteador se apoyó enérgicamente el criterio de que la base de la responsabilidad debería ser la falta cometida por el porteador y que no había que prever una responsabilidad estricta. Acerca de las excepciones previstas en el artículo 6.1.2, se observó que los supuestos derivados de un error de navegación o administración del buque (párrafo a)) o de un incendio del buque no causado por culpa o connivencia del porteador (párrafo b)) creaban, mediante una presunción, motivos de exoneración del porteador. Se insistió en que dado que uno de los objetivos primordiales del proyecto de instrumento era la modernización, no procedía prever la exención de responsabilidad por errores de navegación o administración del buque, especialmente habida cuenta de que en otras convenciones sobre otros modos de transporte no se preveía tal exención. No obstante, frente a la propuesta de suprimir el proyecto de artículo 6.1.2 se argumentó que el transporte marítimo planteaba de hecho problemas singulares y que la supresión de una cláusula de exención ya existente podía tener repercusiones económicas para las partes. En favor del mantenimiento del artículo se sostuvo que no era apropiado comparar el transporte marítimo con el transporte aéreo, ferroviario y por carretera, a pesar de los adelantos tecnológicos registrados en la seguridad de los buques y en su seguimiento en el mar. En cuanto a la excepción por incendio se expresaron opiniones en favor de su mantenimiento, eventualmente ajustándose más al criterio seguido en las Reglas de La Haya-Visby, a saber, que el incendio fuera a bordo, a menos que se debiera de hecho a la culpa o connivencia del porteador. Sin embargo,

se observó que el proyecto de artículo 6.1.3 iii) y vi) ya regulaba suficientemente las circunstancias en que el porteador debía quedar exonerado de responsabilidad en caso de incendio, a saber, cuando el incendio se debiera a un acto del cargador o a un defecto inherente a las mercancías.

45. Con respecto a las excepciones de responsabilidad relativas del porteador que se enumeraban en el proyecto de artículo 6.1.3, el Grupo de Trabajo señaló que ese proyecto de disposición se basaba en las Reglas de La Haya. No se llegó a un consenso sobre si había que tratar las excepciones como exenciones de responsabilidad o simplemente como presunciones. Tampoco se llegó a consenso sobre los elementos concretos de la lista. En particular, se expresaron dudas sobre si sería aceptable introducir las nuevas excepciones enunciadas en los incisos ix) y x) del proyecto de disposición y se sostuvo que tal vez convendría reconsiderarlo teniendo en cuenta las decisiones que se adoptaran sobre la posibilidad de determinar por vía contractual el momento en que empieza y finaliza el período de responsabilidad del porteador. Se convino en la necesidad de examinar ulteriormente el proyecto de disposición con mayor detenimiento.

46. Con respecto al proyecto de artículo 6.1.4, hubo cierta preferencia por la segunda variante por considerarse que enunciaba de forma más equilibrada las obligaciones del porteador y del cargador.

47. El Grupo de Trabajo decidió reanudar en un futuro período de sesiones el debate general sobre las cuestiones de responsabilidad sobre la base de los artículos 4, 5 y 6 del proyecto, una vez que se hubieran celebrado consultas más amplias.

4. Derechos y obligaciones de las partes en un contrato de transporte (proyectos de artículo 7, 9 y 10)

a) Obligaciones del cargador (proyectos de artículo 7 y 10)

48. El Grupo de Trabajo pasó a examinar los proyectos de artículo 7 y 10 relativos a las obligaciones del cargador y la entrega al consignatario. Se observó que la principal obligación del cargador era pagar el flete, mientras que sus obligaciones secundarias eran la de poner la carga en manos del porteador y la de entregarle las mercancías al cargador en un estado apto para soportar las condiciones del transporte previsto. El Grupo de Trabajo reconoció que esas obligaciones estaban en general previstas en el derecho interno y en las prácticas comerciales de muchos países. Se observó además que el cargador estaba obligado a informar al porteador de la naturaleza de la carga, particularmente si esa carga era peligrosa.

49. Se observó que los proyectos de artículo 7 y 10 habían sido formulados tratando de equilibrar los derechos y obligaciones respectivos del cargador y del porteador, lo que mejoraba el enfoque adoptado en las Reglas de La Haya-Visby y ampliaba el alcance adoptado en las Reglas de Hamburgo. Se observó que el proyecto de texto presentado hacía estrictamente responsable al cargador de toda deficiencia que le fuera imputable en el cumplimiento de su deber de facilitar todo lo requerido para que el porteador pudiera transportar las mercancías con seguridad. Hubo acuerdo general en que el proyecto de artículo 7 ofrecía una base para debatir este punto más en detalle. Se sugirió que no se dejara al arbitrio de las partes, como se enunciaba en el proyecto de artículo 7.1, la obligación del cargador de entregar las mercancías listas para su transporte, habida cuenta en particular de la obligación

del cargador de facilitar información a tenor del proyecto de artículo 7.2. Se dijo que esa obligación afectaba directamente a la seguridad del buque, por lo que no debía dejarse al arbitrio de la autonomía de las partes. Se sugirió que en determinados supuestos, por ejemplo cuando las mercancías pudieran constituir un riesgo para terceros o para el medio ambiente, debía facultarse al porteador o al capitán del buque para informar de la índole de las mercancías a todo órgano competente, como sería la junta de gobierno de un puerto. Se cuestionó la colocación del artículo 7.2 en el capítulo 7, dado que ese artículo regulaba una obligación del porteador, mientras que el capítulo 7 se ocupaba de las obligaciones del cargador.

50. Se expresó el parecer de que, a tenor de la formulación actual de este capítulo, no existía el equilibrio debido entre las obligaciones impuestas sobre el cargador y las impuestas sobre el porteador. Por ejemplo, a tenor del artículo 7.6, el cargador sólo podría quedar exento de responsabilidad si demostraba que la pérdida, el daño o la lesión fueron causados por sucesos que un cargador diligente no hubiera podido evitar o cuyas consecuencias un cargador diligente no hubiera podido prevenir. Por el contrario, la disposición de responsabilidad correspondiente al porteador, que se enunciaba en el proyecto de artículo 6.1.1, permitía que el porteador eludiera toda responsabilidad si podía demostrar que no hubo culpa de su parte. Se convino en que, si bien era cierto que las obligaciones del cargador y del porteador debían guardar la correlación debida, ese equilibrio debía evaluarse desde una perspectiva global y no en un análisis de cada obligación o de cada artículo en particular. A este respecto, se observó que el porteador podía beneficiarse de excepciones y limitaciones de que no disponía el cargador.

51. El Grupo de Trabajo convino en general que los proyectos de artículo 7 y 10 ofrecían una buena base para un examen ulterior de las obligaciones del cargador y eran de particular importancia desde la perspectiva del amparo debido a la seguridad del buque. Ahora bien, se observó que no se hacía distinción alguna entre mercancías ordinarias y de índole peligrosa como se hacía en otros regímenes relativos a la seguridad. Se sugirió a ese respecto que, pese a que el texto actual perseguía otros objetivos, el Grupo de Trabajo debería examinar más a fondo los convenios relativos a la seguridad de las mercancías, tales como el Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (Convenio SNP), 1996. Se observó que en el contexto del proyecto de artículo 7 no era útil hacer una distinción entre mercancías peligrosas y no peligrosas, dado que había mercancías tenidas habitualmente por no peligrosas que, en ciertas circunstancias, podrían causar daños a otras.

b) Flete (proyecto de artículo 9)

52. Se observó que el proyecto de artículo 9 se ocupaba, inspirándose en prácticas internacionales, de diversas cuestiones entre las que cabía citar el momento del pago del flete, las excepciones a la obligación de pago, y el derecho del porteador a retener las mercancías hasta recibir el pago. Se cuestionó el sentido de las palabras “otras cargas que se deriven del transporte de las mercancías”, que se mencionaban, pero sin definirlas, en el proyecto de artículo 9.3 a). Se sugirió que esa mención tal vez hiciera necesario indicar en el proyecto de artículo 9.4 a) que, cuando el documento de transporte llevara inscrita la declaración “flete pagado de antemano”,

no quedaba pago alguno pendiente por concepto de flete o de toda otra carga. El Grupo de Trabajo se mostró en general favorable a la estructura del proyecto de artículo 9 y a los principios en los que se inspiraba. Las deliberaciones versaron sobre si lo dispuesto en el proyecto de artículo 9 había de quedar, y en qué medida, al arbitrio de la autonomía contractual de las partes y sobre el alcance del derecho de retención.

53. Respecto del rango imperativo o no de las disposiciones, se expresó el parecer de que, en vista de sus posibles efectos frente a terceros, convenía no dejar ciertas disposiciones del proyecto de artículo 9 al arbitrio de la autonomía contractual de las partes. Por ejemplo, se dijo que lo dispuesto en el proyecto de artículo 9.2 b) no podía ser objeto de estipulación en contrario, por ser de índole declaratoria. Se expresó el parecer contrario de que el proyecto de artículo 9 cumpliría mejor su función si ofrecía un juego de reglas supletorias aplicables únicamente en ausencia de toda estipulación expresa al respecto en el contrato de transporte. Se dijo que incluso el proyecto de artículo 9.2 b) podría dar un resultado indebido si no se admitía ninguna excepción al respecto en determinados supuestos. Se sugirió, por ello, que el texto del artículo 9 en su totalidad pudiera ser objeto de estipulación en contrario. Al cierre de las deliberaciones se opinó en general que, el Grupo de Trabajo tendría que decidir al examinar cada una de las disposiciones del proyecto de artículo 9, respecto de cada apartado, si esa disposición habría de funcionar o no con el rango de regla supletoria.

54. Respecto del derecho de retención, se suscitó la cuestión de si se limitaba en el proyecto de artículo 9.5 el ejercicio del derecho de retención a todo supuesto en el que la obligación de pagar el flete resultara de una obligación correlativa con arreglo al derecho interno aplicable. Se estimó que convendría aclarar o ampliar el alcance del derecho de retención a fin de evitar esa eventual limitación. Se respondió que no se pretendía que la aplicación del proyecto de artículo 9.4 b) o del proyecto de artículo 9.5 a) dependiera de una u otra noción de la responsabilidad; lo que se pretendía era que el derecho de retención dimanara directamente del incumplimiento por el consignatario de su obligación de pagar el flete, siempre que se hubiera dado aviso al consignatario de que el flete era debido. Prevaleció, no obstante, el parecer de que convenía examinar más en detalle esos proyectos de disposición, particularmente con referencia a la noción de que el consignatario fuera “responsable del pago del flete”.

5. Derecho de control (proyecto de artículo 11)

55. Se estimó en general que el proyecto de disposición relativo al derecho de control constituía una adición deseable al régimen de los convenios tradicionales existentes relativos al transporte por mar. El Grupo de Trabajo no entabló un debate pormenorizado de las disposiciones del proyecto de artículo 11, pero expresó su confianza en que ese artículo constituiría una buena base para las deliberaciones que se entablaran al respecto en algún futuro período de sesiones.

56. Entre las observaciones preliminares que se hicieron al texto del proyecto de artículo 11, se expresó la inquietud de que su normativa resultara excesivamente compleja, particularmente en el supuesto de que esa normativa fuera a aplicarse al transporte de puerta a puerta. Si bien la expectativa era general de que tanto la estructura como el contenido de este artículo serían simplificados y aclarados en una

etapa ulterior, se observó que era esencial definir un régimen básico del derecho de control, particularmente para el desarrollo de las comunicaciones electrónicas. Se sugirió que regular el derecho de control tuviera que ser compatible con el "derecho a disponer de las mercancías" o con el derecho a modificar el contrato previstos en otros convenios del transporte como el Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (CMR). Suscitó inquietud la disposición que permitiera modificar las cláusulas del contrato, por ejemplo, la relativa al lugar de entrega. Se estimó que esa disposición imponía al porteador una carga más onerosa que otros regímenes vigentes y que tal derecho sólo debería conferirse al tenedor de un documento de transporte cuando éste fuera negociable. En el supuesto de un documento no negociable, sólo debería poderse modificar el nombre del consignatario, conforme a lo dispuesto en las Reglas uniformes del CMI sobre el conocimiento de embarque. Respecto al funcionamiento de esta disposición, se cuestionó el significado de las palabras "la parte controladora indemnizará al porteador" del proyecto de artículo 11.3 b). Se observó que la noción de "indemnizar" sugería, en ese caso indebidamente, que la parte controladora pudiera estar expuesta a responsabilidad. Convendría sustituir ese término por el de "remunerar" que correspondía mejor al ejercicio legítimo del derecho de control por la parte controladora. Se planteó asimismo la cuestión del efecto eventual de un incumplimiento por parte del porteador de las nuevas instrucciones que hubiera recibido de la parte controladora. Se consideró que, al proseguir estas deliberaciones, el Grupo de Trabajo habría de decidir si esos efectos serían regulados por el proyecto de instrumento o dejados al arbitrio de la norma de derecho interno por lo demás aplicable.

6. Transferencia de derechos de origen contractual (proyecto de artículo 12)

57. El Grupo de Trabajo, que juzgó conveniente que se incluyera en el proyecto de instrumento una disposición relativa a la transferencia de derechos, escuchó diversas observaciones al respecto. Se dijo que las disposiciones 12.1.1 iii) y 12.2.1 y 2 del proyecto de artículo 12 eran difíciles de interpretar y necesitaban ser aclaradas; respecto de la remisión efectuada en el proyecto de artículo 12.3 a la "legislación nacional aplicable al contrato de transporte", se dijo que esa remisión era o bien innecesaria, por lo que debería suprimirse, o aludía a conflictos de leyes para los que no se ofrecía solución alguna. Se expresó cierto apoyo por lo dispuesto en el proyecto de artículo 12.2.2, pero se dijo que se prestaba a que el porteador extendiera las responsabilidades del cargador al tenedor del documento de transporte, mediante la inserción en el contrato de transporte de cláusulas o condiciones generales al respecto. Se dijo que las dos últimas oraciones del proyecto de artículo 12.3 podrían interferir en lo dispuesto en el derecho interno respecto de la forma que se ha de observar al efectuar la transferencia de derechos contractuales, por lo que tal vez procediera suprimirlas.

7. Ejercicio por vía judicial de derechos dimanantes del contrato de transporte (proyectos de artículo 13 y 14) y cuestiones de competencia judicial o jurisdicción

a) Demanda judicial y plazo para su presentación (proyectos de artículo 13 y 14)

58. Se sugirió que además de ocuparse del derecho a presentar una demanda contra el porteador (proyecto de artículo 13.1) se previera asimismo el derecho de

todo porteador a presentar, en su caso, demanda (por ejemplo, contra el cargador que haya incumplido algunas de sus obligaciones). Se observó que el concepto de subrogación difería de un ordenamiento a otro, lo que introducía un elemento de incertidumbre en esta disposición.

59. Se dijo que el proyecto de artículo 13.1 no era lo bastante claro respecto de cuál de las partes estaba facultada para presentar demanda. Se cuestionó que una parte que no hubiera sufrido pérdidas pudiera presentar demanda (conforme se indicaba en el proyecto de artículo 13.2); se expresaron, no obstante, pareceres de que convenía aclarar en el proyecto de instrumento que el tenedor de un título de transporte negociable gozaba de capacidad procesal para presentar demanda, ya fuera en su nombre o en nombre de la parte que hubiera sufrido la pérdida. Se estimó que el proyecto de artículo 13.2 suscitaba cuestiones que era preciso aclarar; por ejemplo, se dijo que, cuando la parte que presentara demanda lo hiciera en nombre de la parte que hubiera sufrido una pérdida, sólo una de las partes, y no las dos, debería estar facultada para presentar demanda. Se observó también que, si el tenedor, que no hubiera sufrido daño o pérdida alguna, presentaba demanda y perdía el pleito, esa sentencia debería se vinculante asimismo para la parte que hubiera sufrido el daño o la pérdida. Puesto que la última oración del proyecto de artículo 13.2 incidía en cuestiones de derecho interno que era difícil aclarar en el marco del proyecto de artículo, se estimó que sería preferible suprimirlo.

60. Respecto del proyecto de artículo 14, se sugirió que su texto se refiriera asimismo a la parte ejecutante y al consignatario. Se sugirió además que el plazo de 90 días fijado en el proyecto de artículo 14.4 fuera considerado como una regla supletoria que sería aplicable, salvo que el derecho interno del país donde se incoara el procedimiento previera un plazo más largo. Respecto del plazo de un año indicado en el proyecto de artículo 14.1, se observaron diversos pareceres respecto de si era o no adecuado; se adujeron a favor de su aceptabilidad la necesidad de dar certeza jurídica y la facilidad actual de las comunicaciones entre las partes; no obstante, se expresaron pareceres a favor de que se prolongara ese plazo a dos años, que era el plazo establecido por las Reglas de Hamburgo. También se sugirió que el plazo fuera de dos a tres años en caso de conducta dolosa. El Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión al respecto. En cuanto al proyecto de artículo 14.2, se expresaron dudas sobre si esa regla sería adecuada en un transporte de puerta a puerta, especialmente cuando se hubiera restringido contractualmente el período de responsabilidad conforme a los artículos 4.1.2 y 4.1.3 del proyecto.

b) Cuestiones de competencia jurisdiccional

61. Se observó que el proyecto de instrumento no se ocupaba de las cuestiones de jurisdicción por razón, conforme se indicó en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21, párr. 24), de que parecía prematuro formular una disposición relativa a las cuestiones de jurisdicción judicial o arbitral en una etapa tan temprana del proyecto, y antes de que se hubieran resuelto ciertas cuestiones de derecho sustantivo. Si bien se expresó cierto apoyo por no incluir en el proyecto de instrumento esa disposición relativa a la competencia de los tribunales judiciales o arbitrales, predominó el parecer de que sería conveniente e incluso, en opinión de algunos, indispensable incluirla. Si bien no se llegó a ninguna conclusión respecto del contenido de esa disposición, se hicieron diversas sugerencias sobre cuál habría

de ser su contenido eventual: se dijo que el Estado donde se hubieran de entregar las mercancías sería uno de los que habrá de gozar de jurisdicción; que deberá preverse el arbitraje; que en ella se deberá anular toda cláusula jurisdiccional inserta en el contrato de transporte (salvo que se concierte una vez ocurrido el daño o la pérdida); que las partes podrán elegir de acuerdo mutuo y expreso la jurisdicción que deseen; y que los artículos 21 y 22 de las Reglas de Hamburgo podían servir de modelo para la preparación de un proyecto de disposición a este respecto.

8. Autonomía contractual de las partes (proyecto de artículo 17)

62. Se observó que la resolución de las cuestiones abordadas en el comentario sobre los proyectos de artículo 3.3 y 3.4 (respecto de la exclusión de las pólizas de fletamento, de los contratos de fletamento, y de los contratos por volumen de carga y otros similares) repercutiría sobre los efectos prácticos del proyecto de artículo 17, en el que se fijaban los límites de la autonomía contractual. Se expresaron diversos pareceres sobre si el proyecto de instrumento debería ser aplicable a las pólizas de fletamento y otros acuerdos similares. Se expresó claramente el parecer en el Grupo de Trabajo de que procedía excluir a las pólizas de fletamento por haberse hecho siempre. Se observó no obstante que el artículo 3.3 iba más allá de ese enfoque tradicional al intentar excluir también a los contratos de fletamento y otros acuerdos similares. Se sugirió que sería conveniente que partes conocedoras de este negocio gozaran de autonomía contractual para convenir entre ellas las condiciones que les serían recíprocamente aplicables, particularmente en lo relativo a la responsabilidad. Se sugirió por ello que el mejor enfoque sería que el proyecto de instrumento no fuera, en principio, aplicable a las pólizas de fletamento pero que las partes en esos acuerdos gozaran de autonomía para convenir en que sí sería aplicable entre ellas. Ese acuerdo por el que se sometiera una póliza de fletamento al régimen del instrumento no sería vinculante para terceros que no hubieran dado su consentimiento al respecto. Otra sugerencia fue la de que se formulara esa exclusión de las pólizas de fletamento del ámbito de aplicación del régimen del instrumento en términos que no discriminaran entre unos porteadores y otros. Se sugirió además que esa exclusión se redactara en términos en que quedara asimismo excluido el fletamento de espacio o de espacio compartimentalizado (*Slot-charter*). Tras deliberar al respecto, hubo acuerdo general en que las pólizas de fletamento y otros acuerdos similares tales como los fletamentos de espacio o de espacio compartimentalizado deberían quedar excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento.

63. El Grupo de Trabajo consideró si era o no necesario definir expresamente lo que se entendía por “póliza de fletamento”. Se dijo a ese respecto, que esa definición era sumamente importante dado que la exclusión enunciada en el proyecto de artículo 3.3.1 se refería a las pólizas de fletamento “o acuerdos similares”. Se dijo que, de no definirse la póliza de fletamento, sería difícil saber lo que había de entenderse por “acuerdos similares”. Se dijo, en contra de que se definiera el término póliza de fletamento, que ese término no se había definido ni en las Reglas de Hamburgo ni en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, lo que no había ocasionado dificultad alguna en la práctica. Se dijo, sin embargo, que esa definición era necesaria por ser mayor el alcance del actual proyecto de instrumento. A raíz de las deliberaciones, prevaleció el parecer de que, para mayor claridad, convendría dar una definición de póliza de fletamento. Se observó a ese respecto

que las definiciones propuestas en los párrafos 39 y 41 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21 podrían servir de punto de partida para esa labor.

64. Respecto del proyecto de artículo 17.2 a) que permitía que tanto el porteador como toda parte ejecutante excluyeran o limitaran su responsabilidad por pérdida o daño de las mercancías cuando éstas son animales vivos, recibió apoyo general la idea de que esta disposición era del todo procedente. Se adujo en su apoyo que se trataba de una excepción tradicionalmente reconocida y que tanto las Reglas de La Haya como las Reglas de La Haya-Visby habían excluido a los animales vivos de la definición de mercancías. Se observó que el comercio de animales vivos constituía una fracción mínima del comercio en general. Se expresó, no obstante, cierta inquietud de que se permitiera que el porteador excluyera o limitara su responsabilidad respecto de las pérdidas o daños sufridos por animales vivos. Se dijo que sería más procedente que se excluyera por completo el tráfico de animales vivos del proyecto de instrumento, evitando así tener que permitir esa exclusión de la responsabilidad. A la luz de esas inquietudes, el Grupo de Trabajo convino en general en que el transporte de animales vivos quedaría exceptuado del régimen del proyecto de instrumento.

65. Tras haber examinado esa exclusión de la póliza de fletamento del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo, pasó a hacer un examen preliminar del fenómeno de los acuerdos de transporte que se negociaban individualmente, en contraste con los contratos de transporte concertados con arreglo a cláusulas o condiciones generales. Se observó que en la práctica estos acuerdos de transporte individualizados (definidos en el comercio por términos como contratos por volumen de carga o contratos de servicios de transporte) se habían extendido por diversos ramos industriales que expedían mercancías más allá de sus fronteras y entre expedidores de diversa magnitud. En esos contratos se solían pormenorizar ciertos aspectos como el volumen de las mercancías a transportar (expresado en términos absolutos o relativos), la duración del transporte de las mercancías, diversas cláusulas relativas a ciertos servicios, el precio, así como cuestiones de responsabilidad. Esos contratos solían ser negociados individualmente por diversas razones, lo que daba lugar a que en algunos se estipulaban expresamente determinadas cuestiones de responsabilidad mientras que en otros no se modificaba en absoluto el régimen general de la responsabilidad.

66. Se sugirió que esos arreglos contractuales fueran examinados por el Grupo de Trabajo a fin de darles, cuando proceda, un trato distinto del aplicable a los demás contratos de transporte. Se citaron los siguientes rasgos peculiares del régimen de esos contratos: se les aplicaría el proyecto de instrumento, sin que su régimen fuera imperativo para ellos; ese régimen sería, por lo demás, plenamente aplicable, salvo estipulación expresa en contrario de las partes; toda excepción del régimen imperativo por lo demás aplicable habría de ser negociada caso por caso y no podría ser estipulada en las condiciones generales; todo tercero, incluido el consignatario (el tenedor del conocimiento de embarque o la persona facultada para hacerse cargo, por algún otro título, de las mercancías al efectuarse su entrega), sólo quedará vinculado, por esas cláusulas o condiciones individualmente negociadas, en la medida en que haya dado expresamente su consentimiento (por ejemplo, entrando a ser parte en un contrato negociado en esos términos); el consentimiento así otorgado habrá de ser explícito, por lo que no podrá expresarse por medio de cláusulas o condiciones generales; cuando un contrato negociado individualmente sea un

"contrato marco" en virtud del cual se hayan de expedir remesas individuales, cada remesa quedará sujeta al contrato, pero caso de emitirse un documento contractual aparte (como un conocimiento de embarque o una carta de porte marítimo) por el que se faculte a un tercero para hacerse cargo de las mercancías al efectuarse su entrega, las condiciones del contrato marco no serán vinculantes para el tercero, salvo si éste consiente expresamente en ello.

67. Se hicieron sugerencias de que todo contrato que sea objeto de algún trato especial en el proyecto de instrumento (ya sea por ser excluido de su ámbito de aplicación, tales como las pólizas de fletamento, o por existir la posibilidad de apartarse de una o más disposiciones imperativas deberá ser definido en el proyecto de instrumento. Recibió un amplio apoyo la idea de definir los contratos que dieran a las partes flexibilidad para convenir expresamente en apartarse de una o más disposiciones imperativas. Como base para deliberar al respecto se sugirió la definición de este tipo de contratos que figura en el párrafo 42 de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo). No hubo opiniones firmes sobre si sería conveniente definir las pólizas de fletamento.

68. En algunos países, los contratos individualmente negociados (tales como los contratos por volumen de carga) eran objeto de un reglamento especial, que, por ejemplo, exigía que esos contratos fueran inscritos ante la autoridad reguladora que gozaba de ciertas prerrogativas de supervisión. Si bien dicho régimen reglamentario podía presentar rasgos sin interés alguno para el tema actualmente debatido, algunos de esos rasgos podrían ayudar a definir correctamente esos contratos en el proyecto de instrumento.

69. Se expresó la reserva de que los denominados "contratos por líneas regulares individualmente negociados" eran difíciles de definir y podían abarcar una amplia gama de contratos, lo cual podría dar pie a un incumplimiento muy general del proyecto de instrumento, restando así eficacia al nuevo régimen. Se señaló además que convendría hacer una distinción entre este tipo de contratos y las remesas individuales enviadas conforme a ellos.

70. El Grupo de Trabajo tomó nota de esos pareceres y propuestas y, pese a no haber llegado a ninguna conclusión, convino en que convendría examinar en algún futuro período de sesiones esos contratos individualmente negociados, así como su descripción o definición y el trato que había de dárseles en el proyecto de instrumento.

C. Examen de los proyectos de artículo

1. Proyecto de artículo 1 (Definiciones)

71. El texto del proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

"A los efectos del presente instrumento:

1.1 Por 'porteador' se entiende una persona que concierta un contrato de transporte con un cargador.

1.2 Por ‘consignatario’ se entiende una persona que tiene derecho a hacerse cargo de las mercancías en virtud de un contrato de transporte o de un documento de transporte sobre papel o sobre soporte electrónico.

1.3 Por ‘consignador’ se entiende una persona que entrega las mercancías a un porteador para su transporte.

1.4 Por ‘contenedor’ se entiende todo tipo de contenedor, plataforma o tanque transportable, otro medio de transporte de naturaleza apropiada o cualquier medio análogo de carga utilizado para agrupar mercancías, así como el equipo conexo que dicho medio de transporte requiera.

1.5 Por ‘contrato de transporte’ se entiende un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se compromete a transportar las mercancías total o parcialmente por mar de un lugar a otro.

1.6 Por ‘datos del contrato’ se entiende la información referente al contrato de transporte o a las mercancías (con inclusión de términos, notaciones, firmas y endosos) que figura en un documento de transporte o en un documento electrónico.

1.7 Por ‘parte controladora’ se entiende la persona que en virtud del artículo 11.2 tiene derecho a ejercer el derecho de control.

1.8 Por ‘comunicación electrónica’ se entiende una comunicación por imágenes electrónicas, ópticas o digitales, o por medios análogos con el resultado de que la información comunicada es accesible y utilizable para subsiguiente referencia. La comunicación incluye la generación, el almacenamiento, el envío y la recepción.

1.9 Por ‘documento electrónico’ se entiende la información contenida en uno o más mensajes enviados por comunicación electrónica con arreglo a un contrato de transporte por un porteador o una parte ejecutante que:

a) Prueba que un porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; o

b) Prueba de un contrato de transporte o lo contenga,

o una y otra cosa.

Incluye también las informaciones adjuntas o vinculadas de otra manera al documento electrónico en el momento en que lo expide el porteador o una parte ejecutante, o subsiguientemente a dicho momento.

1.10 Por ‘flete’ se entiende la remuneración que se abona a un porteador por el transporte de mercancías con arreglo a un contrato de transporte.

1.11 Por ‘mercancías’ se entiende los géneros, las mercancías y los artículos de todo tipo que un porteador o una parte ejecutante hayan recibido para su transporte, e incluyen el embalaje y todo tipo de equipo o contenedor que no haya sido proporcionado por un porteador o una parte ejecutante o en su nombre.

1.12 Por ‘tenedor’ se entiende una persona que:

a) por el momento se halla en posesión de un documento de transporte negociable o tiene [el acceso exclusivo a] [control exclusivo de] un documento electrónico negociable; y que

b) o bien:

i) si el documento es un documento a la orden, está identificada en él como cargadora o consignataria, o es la persona a la que está debidamente endosado el documento; o

ii) si el documento es un documento a la orden endosado en blanco o es un documento al portador, es el portador de dicho documento; o

iii) si se ha utilizado un documento electrónico negociable, con arreglo al artículo 2.4 está en condiciones de demostrar que tiene [acceso a] [control de] dicho documento.

1.13 Por 'documento electrónico negociable' se entiende todo documento electrónico:

i) que dé a conocer, mediante indicaciones como 'a la orden' o 'negociable', o mediante cualquier otra indicación apropiada reconocida como surtiendo el mismo efecto con arreglo al derecho por el que se rija el documento, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del consignatario, y que dicho documento no ha sido explícitamente declarado documento 'no negociable'; y

ii) que está sujeto a normas reglamentarias como las que se mencionan en el artículo 2.4, que incluyen disposiciones adecuadas en relación con la transferencia de ese documento a otro tenedor y la manera en que el tenedor de dicho documento puede demostrar que es efectivamente el tenedor.

1.14 Por 'documento de transporte negociable' se entiende un documento de transporte que indica, mediante la utilización de palabras como 'a la orden' o 'negociable' u otros términos apropiados que se estima tienen el mismo efecto respecto de la legislación que rige el documento, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador, a la orden del consignatario, o al portador, y que no se ha indicado explícitamente que sean 'no negociables' o que 'no son negociables'.

1.15 Por 'documento electrónico no negociable' se entiende un documento electrónico que no se puede considerar como documento electrónico negociable.

1.16 Por 'documento de transporte no negociable' se entiende un documento de transporte que no se puede considerar como documento de transporte negociable.

1.17 Por 'parte ejecutante' se entiende una persona que no sea el porteador, que ejecuta físicamente [o deja de ejecutar total o parcialmente] alguna de las responsabilidades del porteador en virtud de un contrato de transporte por lo que se refiere al transporte, la manipulación, la custodia, o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúa, directa o indirectamente, por petición del porteador o bajo la supervisión o el control del porteador, independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte, o esté identificada en él o tenga responsabilidad jurídica en

virtud de él. La expresión ‘parte ejecutante’ no incluye a una persona que haya sido contratada por un cargador o un consignatario, o que sea empleada, agente, contratista o subcontratista de una persona (que no sea el porteador) que haya sido contratada por un cargador o un consignatario.

1.18 Por ‘derecho de control’ se entiende el significado que se da a esta expresión en el artículo 11.1.

1.19 Por ‘cargador’ se entiende una persona que concierta un contrato de transporte con un porteador.

1.20 Por ‘documento de transporte’ se entiende un documento emitido con arreglo a un contrato de transporte por un porteador o por una parte ejecutante que:

a) Prueba que un porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

b) Sea prueba de un contrato de transporte o lo contenga,

o una y otra cosa.”

a) Observación general

72. Se observó que el orden de las definiciones en el proyecto de artículo 1 estaba basado en el orden alfabético de la versión original inglesa del documento. Hubo acuerdo general en que su texto mejoraría si se ordenaban esas definiciones siguiendo un orden más lógico que enumerase en primer lugar la denominación respectiva de las diversas partes que podían intervenir en las relaciones contractuales reguladas por el proyecto de instrumento y, luego los términos a los que se atribuye algún significado técnico en los diversos proyectos de artículo. Se observó que se habría de prestar particular atención a toda definición que influyera en la determinación del ámbito de aplicación del nuevo régimen propuesto.

b) Definición de “porteador” (proyecto de artículo 1.1)

73. Se recordó que la definición de “porteador” presentada en el proyecto de instrumento se inspiraba en un principio ya incorporado a las Reglas de La Haya-Visby y a las Reglas de Hamburgo, conforme al cual el porteador era una de las partes en un contrato de transporte. Un porteador podía haber concertado ese contrato ya sea por su cuenta y en su propio nombre o por conducto de un empleado o de un agente, que actuara por cuenta del porteador y en su nombre. Un porteador desempeñaría normalmente todas sus funciones por conducto de esos agentes o empleados (véase A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo II, párr. 2). Ahora bien se expresó la inquietud de que en la definición de “porteador” no se hiciera suficiente referencia a las partes por cuya cuenta se concertaba un contrato de transporte. Se dijo que el proyecto de instrumento no aclaraba debidamente la función o posición de un transitario ya que dicha parte parecía estar englobada por la definición de porteador (véase A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo II, párr. 11). Otra inquietud fue la de que la definición actual de “porteador” no expresara con la claridad debida que englobaba toda clase de “personas”, tanto naturales como jurídicas.

74. Si bien hubo acuerdo general de que el proyecto de definición de “porteador” constituía una base aceptable para proseguir la labor en curso, algunos opinaron que habría que explicar mejor las razones por las que al prepararse el proyecto de instrumento se había optado por presentar una definición más sencilla de “porteador” de la, sin duda, más compleja, pero quizá más precisa, que se daba en otros convenios de transporte marítimo actualmente vigentes.

c) Definición de “consignatario” (proyecto de artículo 1.2)

75. Se recordó que la definición de “consignatario” estaba basada en la definición enunciada en el párrafo 4 del artículo 1 de las Reglas de Hamburgo, pero haciéndose además referencia al contrato de transporte o al documento de transporte que facultaba al consignatario para tomar posesión de las mercancías, al efectuarse su entrega, se explicó que esa referencia adicional tenía por objeto excluir a toda otra persona facultada para tomar posesión de las mercancías, por algún otro título no dimanante del contrato de transporte, por ejemplo, el propietario legítimo de unas mercancías robadas (véase A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo, párr. 3). Se preguntó si se había de interpretar la definición propuesta como una interdicción de que el consignatario, conforme estaba definido, delegara en otra persona el ejercicio de su derecho a tomar posesión de las mercancías. Se preguntó también cuáles eran las razones por las que se hacía mención expresa del contrato de transporte, del documento de transporte y de un documento electrónico. Se cuestionó que procediera colocar a un mismo nivel el contrato de transporte (que cabía presumir que era la única fuente del derecho del consignatario) con el documento de transporte o su equivalente electrónico. Se expresó apoyo por suprimir la referencia a “documento de transporte de papel o sobre soporte electrónico”, a lo que se respondió que esa mención, de las diversas posibles fuentes del derecho del consignatario para tomar posesión de las mercancías, se debía a que, en determinados supuestos o en el ordenamiento jurídico de algunos países, el derecho del que daba fe el documento de transporte pudiera diferir del derecho del que daba fe el contrato original de transporte, aun cuando todo documento de transporte ha de ser siempre emitido en ejecución de lo estipulado en el contrato de transporte. En el curso de ese debate, se expresó la inquietud de que se entendiera mal el término “documento de transporte” como referido también a otros documentos, como pudiera ser un recibo de almacén. Con miras a evitar todo malentendido sobre el origen del derecho del consignatario a tomar posesión de las mercancías, se sugirió reformular la definición en términos como los siguientes “por ‘consignatario’ se entenderá toda persona facultada para tomar posesión, a su entrega, de las mercancías, con arreglo a un contrato de transporte, del que cabe dar fe en un documento de transporte o en un documento electrónico”. Se sugirió también que tal vez sea preciso hacer referencia, en la definición de “consignatario”, a la parte controladora.

76. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas cuestiones, inquietudes y sugerencias a fin de reanudar su examen en una etapa ulterior.

d) Definición de "consignador" (proyecto de artículo 1.3)

77. Se recordó que la definición de "consignador" podría englobar al cargador, a la persona mencionada en el artículo 7.7 o a toda otra persona que actuara en su nombre o a instancia de ellos para entregar efectivamente las mercancías al porteador o a la parte ejecutante (véase A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo, párr. 4). La definición de "consignador" englobaba asimismo a la persona que hacía la entrega efectiva de las mercancías al porteador en supuestos en los que esa persona no fuera un vendedor "franco a bordo" (f.o.b.) de las mercancías o su agente, sin ser el cargador, pero que figurara no obstante en el documento de transporte a título de cargador. Esa persona que hacía la entrega efectiva de las mercancías no contraería responsabilidad alguna en virtud del artículo 7.7 o del artículo 11.5. Su único derecho era obtener un recibo conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 8.1 del porteador o de la parte ejecutante al que hubiera efectuado la entrega de las mercancías (véase A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo, párrs. 118 y 119).

78. Hubo notable respaldo a favor de que figurara en el proyecto de instrumento una definición de "consignador" basada en el texto del proyecto de disposición. Se objetó a una sugerencia de que se mencionara que el consignador actuaba como agente del cargador, que aun cuando el consignador actuara presuntamente por cuenta del cargador, no sería necesariamente su agente. El consignador podría estar actuando en cumplimiento de alguna obligación propia, por ejemplo, a tenor del contrato de venta. Se expresó apoyo por introducir una mención de que el consignador entregaba las mercancías "por cuenta" del cargador.

79. Respecto de la entrega de las mercancías "a un porteador" para su transporte, se sugirió insertar palabras que pusieran en claro que el consignador debía efectuar la entrega de las mercancías al porteador "efectivo" o "ejecutante". Se apoyó esa sugerencia pese a haberse expresado el parecer de que el término "porteador" daba suficiente margen para la eventualidad de que interviniera una parte ejecutante, además del porteador original.

80. Se expresó la opinión de que, de revisarse la actual definición de "consignador", el Grupo de Trabajo tal vez podría tener en cuenta el texto del párrafo 5 del artículo 1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías (1980). El Grupo de Trabajo tomó nota de esta opinión.

e) Definición de "contenedor" (proyecto de artículo 1.4)

81. Se expresaron diversas opiniones sobre este proyecto de definición. Concretamente, se dijo que el texto de la definición tenía un enunciado demasiado amplio para ser viable. En particular, la palabra "*includes*", en la versión inglesa, le daba un carácter abierto con el que podía abarcar técnicas de embalaje que no cumplieran los criterios que generalmente debían cumplir los contenedores marítimos, particularmente si la carga se había de transportar en cubierta. Se sugirió que la definición se limitara a abarcar los "contenedores concebidos para el transporte marítimo". En cuanto a su formulación, se dijo que la repetición en su texto del término definido, le daba una circularidad inaceptable en una definición formal. También se opinó que era inútil prever una definición específica de

"contenedor" ya que los contenedores, al igual que cualquier otro tipo de embalaje, deberían entrar en la definición de "mercancías" del proyecto de artículo 1.11.

82. A fin de paliar las preocupaciones expresadas acerca de la amplitud de la definición de "contenedor", se señaló que el proyecto de disposición se había introducido no como definición general o teórica sino exclusivamente para los fines de las disposiciones en que se utilizaba el concepto de "contenedor" en el proyecto de instrumento, a saber, las disposiciones sobre la carga en cubierta (proyecto de artículo 6.6), las disposiciones relativas a la responsabilidad, que también aludían a conceptos como "bulto" y "unidad de transporte" (proyecto de artículo 6.7) y las disposiciones sobre cuestiones probatorias relativas al caso especial en que las mercancías eran entregadas al porteador en un contenedor cerrado (proyecto de artículo 8.3). Si bien se expresó la opinión de que podía ser necesario tener en cuenta exclusivamente los contenedores concebidos para el transporte marítimo en el contexto de la disposición sobre la carga en cubierta, varias delegaciones estimaron que sería aceptable formular una definición más amplia en el contexto de los artículos 6.7 y 8.3 del proyecto. Se pidió a la Secretaría que preparara una definición revisada, con posibles variantes que reflejaran las opiniones y preocupaciones expresadas, para que fuera examinada en un ulterior período de sesiones.

f) Definición de "contrato de transporte" (proyecto de artículo 1.5)

83. Se expresó la opinión de que la definición era demasiado simplista y de que debía abordar de forma más detallada las diversas obligaciones del porteador, a saber, las de hacerse cargo de las mercancías, transportarlas de un lugar a otro y entregarlas en su lugar de destino. Se sugirió que en la definición de contrato de transporte no sólo se mencionara el porteador sino también la otra parte interesada, es decir, el cargador. En cuanto a la redacción del artículo, se sugirió que en la definición de contrato de transporte no se hablara directamente del "porteador" sino en términos más genéricos de una "persona" (que adquiriría la condición de porteador en virtud del contrato).

84. Según otro parecer, la definición del contrato de transporte como contrato en virtud del cual el porteador "se compromete" a transportar las mercancías podría entrar en conflicto con el proyecto de artículo 4.3.1, conforme al cual el contrato de transporte puede dar lugar a una situación en que el porteador puede "organizar" el transporte de las mercancías por otro porteador. Se dijo que la definición del proyecto de artículo 1.5 era preferible a este respecto, ya que evitaba ambigüedades sobre los papeles respectivos de un porteador y de un transitario. Se replicó que no había contradicción alguna entre una definición del contrato de transporte en virtud de la cual el porteador se "comprometía" a cumplir una obligación y la posibilidad de que, además del contrato de transporte inicial, pudiera celebrarse otro contrato entre el porteador inicial y un transitario.

85. Se examinaron a continuación las palabras "total o parcialmente", que se habían incluido en la definición para abarcar todo transporte anterior o posterior al transporte marítimo si entraba en el mismo contrato. Algunas delegaciones propusieron que en el proyecto de instrumento se regulara el transporte únicamente de puerto a puerto y que las palabras "total o parcialmente" se suprimieran o se dejaran entre corchetes. Se señaló que el mantenimiento de esas palabras en el texto

respondía mejor al punto de partida provisional del Grupo de Trabajo conforme al cual el proyecto de instrumento había de regir el transporte de puerta a puerta. Además, se señaló que si se suprimían las palabras "total o parcialmente", el proyecto de instrumento quedaría limitado a los contratos que previeran únicamente el transporte marítimo. Así pues, quedaría excluido del proyecto de instrumento incluso el segmento marítimo de todo contrato de transporte que previera también otros medios de transporte. Se consideró en general que esa limitación del alcance del proyecto de instrumento sería excesiva. Tras un debate, se decidió mantener en el proyecto de disposición las palabras "total o parcialmente". Con miras a facilitar ulteriores deliberaciones sobre las posibles repercusiones del proyecto de instrumento en el contexto del transporte de puerta a puerta, se convino también en que las palabras "total o parcialmente" fueran indicadas por medios tipográficos adecuados que dieran a entender que constituían un elemento del proyecto de instrumento que podía requerir particular atención en el momento de adoptar una decisión definitiva sobre el alcance del proyecto de instrumento.

g) Definición de "datos del contrato" (proyecto de artículo 1.6)

86. Se puso en tela de juicio la necesidad de la definición de "datos del contrato", habida cuenta de que el proyecto de artículo 8.2 ya indicaba con bastante detalle cuáles habían de ser. Se sugirió que el artículo 1.6 funcionaba meramente como una remisión de un índice, más que como una definición formal. El Grupo de Trabajo reconoció que el proyecto de artículo 1.6 introducía un nuevo término que guardaba una relación estrecha y directa con el proyecto de artículo 8.2, y se sugirió que se aplazara el examen de esta definición hasta que se hubiera examinado el proyecto de artículo 8.2. Se acordó aplazar este examen, pero se señaló que la definición podía estar en contradicción con el proyecto de artículo 1.20, que requería que un documento de transporte fuera prueba fehaciente de un contrato de transporte o llevara incorporado dicho contrato. En cambio, en la definición de "datos del contrato" sólo se hacía referencia a la información "referente al contrato de transporte". Se sugirió que se especificara claramente lo que se entendía por ello. A este respecto, se sugirió que el Grupo de Trabajo examinara los artículos 1.9 y 1.20 del proyecto y estudiara si era realmente necesario que una comunicación electrónica o un documento de transporte probara la existencia de un contrato de transporte. Se observó que sería más pertinente que el documento de transporte o el documento electrónico dejaran constancia de la recepción de las mercancías. Se señaló también que, al leer el proyecto de artículo 1.7 conjuntamente con el proyecto de artículo 8.2, llamaba la atención que en el primero no figurara ninguna referencia al cargador a pesar del proyecto de artículo 7.7, en virtud del cual el cargador debía figurar en los datos del contrato. El Grupo de Trabajo convino en tener en cuenta estas consideraciones al reformular la definición.

h) Definición de "parte controladora" (proyecto de artículo 1.7)

87. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la definición de "parte controladora" estaba formulada en términos más propios de una remisión interna que de una definición autónoma. El Grupo de Trabajo tomó nota de que este término figuraba también en el proyecto de artículo 11.2 y de que además en el proyecto de artículo 1.18 figuraba el término "derecho de control". Se sugirió que las definiciones del

proyecto de instrumento fueran definiciones autónomas y no meras remisiones internas de un índice. No obstante, se observó que el método de las remisiones internas era útil para abreviar las disposiciones de fondo. Tras tomar nota de las preocupaciones expresadas, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto la definición para ulteriores deliberaciones.

i) Definiciones de "comunicación electrónica" (proyecto de artículo 1.8) y de "documento electrónico" (proyecto de artículo 1.9)

88. Se afirmó ante el Grupo de Trabajo que estas disposiciones se habían redactado teniendo en cuenta la labor del Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Se observó que las definiciones propuestas diferían de los términos empleados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, pues se hablaba de "comunicaciones electrónicas" en vez de "mensajes de datos" y se había agregado una referencia a "imágenes digitales". El Grupo de Trabajo convino en que si bien no era obligatorio mantener a toda costa la terminología utilizada en los textos existentes de la CNUDMI, era importante examinar las razones que justificaban esos cambios y las repercusiones de esas diferencias con respecto a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Se afirmó asimismo ante el Grupo de Trabajo que el proyecto de instrumento se había redactado teniendo presente la terminología de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, pero se consideró que tal vez fuera necesario adaptar esa terminología a la estructura específica del proyecto de instrumento. Si bien se observó que cada vez se utilizaban más las imágenes digitales en el transporte marítimo (razón por la cual se hacía referencia expresa a ese concepto), se consideró que habría que estudiar más a fondo las razones por las que no podía utilizarse la noción básica de "mensaje de datos" en el proyecto de instrumento. En particular, se puso en duda que la necesidad de introducir una referencia a las imágenes digitales (que ya entraban implícitamente en la amplia definición de "mensaje de datos" en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) justificara la eliminación de un concepto tan esencial. Se expresó el temor de que la referencia del proyecto de artículo 1.9 a informaciones adjuntas "o vinculadas de otra manera" fuera demasiado amplia y pudiera minar la relación contractual entre el porteador y el consignatario al permitir a aquél introducir cláusulas contractuales suplementarias una vez expedido el documento electrónico. También se expresó preocupación por la referencia, en la definición de "documento electrónico", a "uno o más mensajes", pues daba a entender que un documento electrónico podía constar de varios mensajes y podría ser problemático determinarlos. Se sugirió que se convocara un pequeño grupo de expertos para examinar con más detenimiento las disposiciones relativas al comercio electrónico.

j) Definición de "flete" (proyecto de artículo 1.10)

89. Se objetó que la definición de flete era incompleta al no mencionar a la persona que debía pagar el flete. Sin embargo, se convino en que la función de la definición consistía simplemente en describir lo que era el flete y que las demás cuestiones relativas al flete, como la de quién debía pagarlo y quién debía cobrarlo, podían regularse en otras disposiciones.

k) Definición de "mercancías" (proyecto de artículo 1.11)

90. Preocupaba el hecho de que en la definición de "mercancías" se hablara de las mercancías que un porteador o una parte ejecutante "hayan recibido para su transporte" y no de las mercancías que éstos "se comprometan a transportar", ya que con estos términos la definición dejaba fuera los casos en que el porteador no recibiera las mercancías o no las cargara a bordo de un buque. Se dijo que con la mera referencia a la recepción de las mercancías la definición resultaba demasiado limitada. Por otra parte, se propuso que se simplificara la definición suprimiendo toda referencia a la recepción de las mercancías. Se decidió que la Secretaría preparara dos variantes que tuvieran en cuenta estas propuestas.

l) Definición de "tenedor" (proyecto de artículo 1.12)

91. Se sostuvo que la expresión "por el momento" era innecesaria. Se apoyó el mantenimiento del requisito de que el tenedor estuviera debida o "legítimamente" en posesión de un documento de transporte negociable. Se sugirió que la definición reflejara la distinción simple y comprensible entre títulos negociables "a la orden", documentos al portador y documentos no negociables con el nombre del consignatario.

m) Definiciones de "documento electrónico negociable" (proyecto de artículo 1.13) y de "documento electrónico no negociable" (proyecto de artículo 1.15)

92. El Grupo de Trabajo aceptó estas definiciones como un sólido punto de partida para ulteriores deliberaciones.

n) Definición de "documento de transporte negociable" (proyecto de artículo 1.14)

93. Se sugirió que se explicaran con mayor claridad las diferencias entre la negociabilidad y la no negociabilidad de un documento. Se observó que la cuestión de lo que constituía un documento de titularidad difería de un ordenamiento jurídico a otro. Se dijo que todo concepto básico como "negociable" se había de definir con mayor precisión, a fin de poder reglamentar como es debido esos documentos electrónicos negociables. Frente a este argumento se sostuvo que, si bien era importante definir los conceptos con precisión, particularmente porque era un campo nuevo y porque se veía afectado por el derecho interno, el Grupo de Trabajo debía tener presente que no podía regular todas las consecuencias.

o) Definición de "documento de transporte no negociable" (proyecto de artículo 1.16)

94. Si bien se propugnó la supresión de esta definición por considerarse innecesaria, el Grupo de Trabajo convino en mantenerla en el texto para seguir analizándola.

p) Definición de "parte ejecutante" (proyecto de artículo 1.17)

95. Se observó que al preparar el proyecto de definición de "parte ejecutante" se tuvieron en cuenta los diversos pareceres expresados durante el proceso de consulta. Algunos se mostraron favorables a que se incluyera a toda parte que ejecutara cualquiera de las obligaciones contraídas por el porteador en virtud del contrato de transporte, siempre que esa parte trabajara, directa o indirectamente, para el porteador. Otros se mostraron favorables a que se excluyera por completo esa definición. La índole relativamente restrictiva de la definición presentada había sido negociada como solución de avenencia (véanse observaciones al respecto en los párrafos 14 a 21 del anexo del documento A/CN.9/WG.III/WP.21).

96. Se sugirió suprimir el concepto de parte ejecutante y dar al porteador contractual (que debería ser el único que había de responder frente a un demandante eventual) una acción de repetición o de recurso frente a toda parte ejecutante. Se añadió que era preferible canalizar la responsabilidad hacia una parte contractual (en el presente caso el porteador), lo que funcionaba bien en la práctica, como se había visto, por ejemplo, en la aplicación del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1969.

97. Otra sugerencia fue la de restringir aún más esa noción de parte ejecutante, excluyendo a toda entidad que manipulara o almacenara mercancías (como sería una terminal de transporte) a fin de que la definición fuera únicamente aplicable a porteadores auténticos.

98. Se sugirió asimismo que restringir la definición mediante el recurso al concepto de "ejecuta físicamente" era arbitrario y causaría problemas en la práctica (por ejemplo, sería difícil determinar dentro del plazo de prescripción previsto, cuál sería la persona a demandar, y ese concepto podría ocasionar dificultades de interpretación al irse a aplicar los proyectos de artículo 4.2.1, 4.3 y 5.2.2). Se sugirió que era preferible la definición de "porteador efectivo" ("la parte ejecutante") que se daba en el párrafo 2 del artículo 1 de las Reglas de Hamburgo.

99. No obstante, hubo considerable apoyo por retener esta noción en el proyecto de instrumento; se respaldó asimismo la formulación utilizada, incluido el término "ejecuta físicamente", para limitar las categorías de personas incluidas en la definición. Se consideró que la noción de parte ejecutante resultaba útil por amparar eficazmente al eventual demandante (el consignatario, en particular, tendría sumo interés en poder demandar por todo daño eventual en las mercancías, al último porteador ejecutante). Se indicó que la protección otorgada a la parte ejecutante en los proyectos de artículo 6.10 y 6.3.1 (conocida en algunos ordenamientos como "*Himalaya clause*") constituía un instrumento esencial de la función atribuida a la "parte ejecutante" en el proyecto de instrumento.

100. Se sugirió también retener de momento todas las opciones ofrecidas en el proyecto de texto y su comentario para una definición de "parte ejecutante".

101. Se dijo que, si bien no convenía ampliar la definición, no estaba de más que se aclarara el trato a dar a toda persona no incluida en la definición de parte ejecutante en lo relativo a toda demanda que se presentara contra ella y en cuanto a los límites de su responsabilidad y a las excepciones que le fueran oponibles.

102. Se sugirió sustituir "en virtud de un contrato de transporte" por una expresión como "en el marco de alguna operación de transporte" a fin de indicar más claramente la índole de la relación del porteador ejecutante con el "contrato de transporte". En términos más generales, se dijo que la parte ejecutante no era parte en el contrato de transporte entre el cargador y el porteador contractual, por lo que debería formularse la definición en términos que clarificaran este punto. A ese respecto, se preguntó si sería preciso ocuparse de toda obligación que hubiera de cumplir la parte ejecutante que no fuera una obligación asumida por el porteador contractual.

103. Se observó (sin sugerir que fuera necesario restringir la definición de parte ejecutante) que el Grupo de Trabajo tendría que considerar la posibilidad de que una parte ejecutante (por ejemplo, un empresario de almacén) estuviera ubicada en un Estado que no fuera parte en el convenio que se preparaba. Se observó además que, en la medida en que una empresa de terminal de transportes fuera parte ejecutante, el Grupo de Trabajo tendría que prever la posibilidad de un conflicto entre el proyecto de instrumento y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 1991).

104. Se sugirió simplificar y abreviar el proyecto de definición. Se sugirió suprimir las palabras "independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte, o esté identificada en él, o tenga responsabilidad jurídica en virtud de él" por resultar oscuras y no añadir nada esencial a la definición. Se respaldó la presencia en el texto de la última oración de la definición, por considerar que aclaraba el concepto definido. El Grupo de Trabajo consideró que deberían suprimirse las palabras "[o deja de ejecutar total o parcialmente]".

q) Definición de "derecho de control" (proyecto de artículo 1.18)

105. Se observó que, respecto de este texto, más cabía hablar de una remisión interna que de una definición. Se sugirió por ello suprimir el artículo 1.18. Se convino, no obstante, en retener la definición para su examen en una etapa ulterior.

r) Definición de "cargador" (proyecto de artículo 1.19)

106. El Grupo de Trabajo observó que la definición era en cierto modo parecida a la definición de "porteador" dada en el proyecto de artículo 1.1. El cargador era una parte contractual que hubiera concertado un contrato ya fuera por su cuenta y en su nombre o por conducto de un empleado o agente que actuara en su nombre y por cuenta suya. El cargador cumpliría normalmente todas sus funciones a través de esas personas. El cargador y el consignatario podrían ser una misma persona como sucedía en muchas ventas efectuadas con arreglo a la cláusula f.o.b. ("franco a bordo") (véase A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo, párr. 22).

107. Habida cuenta de las inquietudes expresadas durante el examen del proyecto de artículo 1.1, se convino en general en que el proyecto de definición de "cargador" constituía una base aceptable para proseguir su examen en un período ulterior de sesiones.

s) Definición de "documento de transporte" (proyecto de artículo 1.20)

108. Se recordó que la definición de "documento de transporte" había de ser leída como concepto preliminar de "documento de transporte negociable" y de "documento de transporte no negociable", que figuran respectivamente en los proyectos de artículo 1.14 y 1.16. El apartado a) de la definición presentada incluiría todo conocimiento de embarque expedido a un fletador, y que obre aún en su poder, que ni pruebe ni incorpore un contrato de transporte, sino que funcione únicamente a título de recibo, y ciertos tipos de recibo expedidos con anterioridad al transporte o con ocasión de algún transbordo. El apartado b) incluiría todo conocimiento de embarque negociable y que funcione como tal, así como toda carta de porte marítimo no negociable (véase A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo, párr. 23).

109. El Grupo de Trabajo se mostró en general favorable a la definición dada de "documento de transporte" por razón de que la definición englobaba debidamente las dos funciones básicas de todo documento de transporte, a saber, la de dar fe de la recepción de las mercancías o la de dar fe del contrato de transporte. Se observó que la definición no mencionaba la tercera función tradicional de todo conocimiento de embarque como título representativo de las mercancías. Se cuestionó la omisión de toda referencia en la definición a la negociabilidad del instrumento particularmente a la luz de los proyectos de artículo 1.14 y 1.16, que definían respectivamente al "documento de transporte negociable" y al "documento de transporte no negociable". Se respondió que al haberse buscado una definición genérica de "documento de transporte", que englobara a los documentos de transporte tanto negociables como no negociables, no se estimó oportuno mencionar la negociabilidad del instrumento o su función como título representativo de las mercancías.

110. En respuesta a pregunta sobre la posibilidad de que un documento pueda "contener" o incorporar un contrato de transporte, se observó que las palabras "sea prueba de un contrato de transporte o lo contenga" del apartado b) tenían por objeto acomodar diversos criterios adoptados por el derecho interno en lo relativo a la cuestión de si un documento de transporte podía dar fe de un contrato de transporte o incorporarlo. En respuesta a la pregunta de si los apartados a) y b) enunciaban funciones alternativas o cumulativas, se observó que la definición sería aplicable siempre que se cumplieran los requisitos enunciados en a) o en b) o siempre que se cumplieran los requisitos enunciados en ambos apartados. No obstante esas observaciones, que se estimó que deberían ser examinadas más a fondo al prepararse la versión revisada de la definición de "documento de transporte", el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera el texto del proyecto de artículo 1.20 por estimar que constituía un buen punto de partida para el examen de los restantes artículos que figuraban en el proyecto de instrumento.

2. Proyecto de artículo 5 (Obligaciones del porteador)

111. Tras haber completado su examen de los proyectos de definición, el Grupo de Trabajo inició la lectura de las disposiciones del proyecto de instrumento relativas a las obligaciones de las partes en un contrato de transporte.

112. El texto del proyecto del artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

"5.1 A reserva de las disposiciones del presente instrumento y de conformidad con los términos del contrato de transporte, el porteador transportará las mercancías hasta el lugar de destino y se las entregará al consignatario.

5.2.1 El porteador, durante el plazo que dure su responsabilidad según se define en el artículo 4.1 y a reserva del artículo 4.2, cargará, manipulará, almacenará, transportará, custodiará, y velará por las mercancías y las descargará debida y cuidadosamente.

5.2.2 Las partes pueden convenir en que algunas de las funciones mencionadas en el artículo 5.2.1 sean efectuadas por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en su nombre. Este acuerdo debe mencionarse entre los datos del contrato.

5.3 A pesar de lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4, el porteador puede negarse a descargar, o puede descargar, destruir o hacer inofensivas las mercancías o adoptar cualquier otra medida que sea razonable si las mercancías son un peligro, o cabe considerar razonablemente que durante el plazo de su responsabilidad pueden convertirse en un peligro, para las personas o los bienes o pueden plantear un peligro criminal o inaceptable para el medio ambiente.

5.4 El porteador tiene que actuar con la debida diligencia antes del viaje y al principio del viaje por mar [y después de él] a fin de:

a) Velar por la navegabilidad del buque [y mantenerla];

b) Dotar debidamente al buque de tripulación, equipo y pertrechos;

c) Hacer que las cubiertas y todos los demás lugares del buque en el que se transporten las mercancías, incluidos los contenedores cuando los suministre el porteador, en los cuales o sobre los cuales se transportarán las mercancías, sean apropiados y seguros para su recepción, transporte y conservación.

5.5 A pesar de lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4, el porteador en caso de transporte por mar [o por vías de navegación interior] podrá sacrificar mercancías cuando el sacrificio se haga razonablemente para proteger la seguridad común o a efectos de preservar otros bienes involucrados en el transporte común."

a) Párrafo 5.1

113. Se reconoció que el proyecto de artículo 5.1 enunciaba la obligación básica de todo porteador consistente en transportar las mercancías a su lugar de destino y en entregarlas al consignatario. Hubo acuerdo general en que la formulación actual del texto describía adecuadamente algunas de las obligaciones principales del porteador, por lo que constituía una buena base para iniciar las deliberaciones al respecto. Ahora bien, se sugirieron diversas mejoras del texto. Se sugirió que cabía explicitar más la obligación del porteador, exigiendo que entregara las mercancías en igual estado al que se encontraban al serle entregadas. Se dijo al respecto que, si se añadía esa exigencia, tal vez se hubiera de examinar más en detalle la relación entre el proyecto de artículo 5.1 y el proyecto de artículo 6.1 (que se ocupaba de la

responsabilidad del porteador). Se objetó a lo sugerido que, en determinados supuestos, las mercancías podían alterarse al ser transportadas por ser de índole variable en función del tiempo. Se mencionó, a título de ejemplo, la merma por evaporación de ciertas mercancías o su transformación en el curso de la travesía por mar. Se respondió a esta objeción que el efecto natural del paso del tiempo no debía servir de pretexto para exonerar al porteador de su obligación de preservar las mercancías tal como le fueron entregadas. En el curso de las deliberaciones, se observó que enumerar sólo algunas de las obligaciones del porteador, junto con su obligación primordial, era insatisfactorio. Se sugirió por ello que, al reformular el proyecto de artículo 5, se prestara atención a lo dispuesto a este respecto en el Convenio de Budapest relativo al transporte de mercaderías por vías de navegación interior (CMNI).

114. También se sugirió que el proyecto de artículo, del que se dijo que describía de modo incompleto las obligaciones del porteador, debería mencionar el requisito de que el porteador se hiciera cargo de las mercancías, al serle entregadas. Se sugirió, a ese respecto, que tal vez fuera preciso, al describir más plenamente las obligaciones del porteador en el marco del artículo 5.1, hacer remisión al proyecto de artículo 4.1, que definía el período de responsabilidad del porteador.

115. También se sugirió que, respetando en cierta medida la autonomía contractual de las partes, no debía dejarse plenamente a su arbitrio la descripción de las obligaciones del porteador, lo que permitiría definir esas obligaciones en contratos de adhesión cuyas condiciones generales fueran desfavorables al cargador. Se observó que, con arreglo al derecho interno de algunos países, las obligaciones básicas del porteador estaban definidas por normas de derecho interno que no daban autonomía contractual alguna, sobre este punto, a las partes. Se recordó lo dicho, en el párrafo 59 del anexo del documento A/CN.9/WG.III/WP.21, de que el instrumento dejara en claro que lo estipulado en el contrato no sería interpretado al margen del derecho aplicable. Se sugirió que este punto fuera más claramente expresado en el proyecto de disposición. Se compartió el parecer de que se había de examinar más en detalle, en el contexto del proyecto de artículo 17, la medida en que cabría eludir, por vía contractual, una u otra de las obligaciones del porteador.

116. Pese a las inquietudes expresadas y a las sugerencias que se hicieron en el curso de las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en retener provisionalmente la formulación actual del artículo 5.1. Se opinó en general que esas inquietudes deberían ser reconsideradas, junto con las sugerencias de forma, en una etapa ulterior.

b) Párrafo 5.2.1

117. Se pidió una explicación sobre la relación existente entre los proyectos de artículo 5.2.1 y 6.1, que se ocupaba del fundamento de la responsabilidad del porteador. Se expresó particular inquietud por el empleo de las palabras “debida y cuidadosamente”. Se sugirió además que la obligación del porteador de transportar y entregar las mercancías estaba ya enunciada en el proyecto de artículo 5. Se sugirió además que, en el supuesto de que la disposición fuera a ser aplicable al transporte de puerta a puerta, tal vez fuera necesario reformularla en términos más genéricos, dado que el texto actual parecía utilizar terminología propia del transporte marítimo, al referirse a la carga, manipulación, estiba, porte, custodia, cuidado, y descarga de las mercancías. Se expresó también cierta inquietud de que se extendiera el requisito

en ella enunciado a la duración total del transporte de puerta a puerta, por remisión al proyecto de artículo 4.1. Respecto del empleo de los términos "debida y cuidadosamente", prevaleció el parecer de que esas palabras, tomadas de las Reglas de La Haya, que habían sido ya objeto de interpretación jurisprudencial en muchos lugares del mundo, debían ser retenidas en el proyecto de instrumento y tal vez extendidas (junto con el resto de las disposiciones enunciadas en el proyecto de artículo 5, con la salvedad del proyecto de artículo 5.4), a los segmentos no marítimos del transporte de puerta a puerta.

118. Respecto de la duración del período de responsabilidad del porteador, con arreglo al proyecto de artículo 5, se expresó el parecer de que debería sustituirse la fórmula "el plazo ... según se define en el artículo 4.1" por otra que hablara del período que transcurra entre el momento en que el porteador se haga cargo de las mercancías hasta el momento de su entrega efectiva. Se dijo que de nada servía que ese período estuviera "a reserva de lo dispuesto en el artículo 4.2". Se explicó que en el texto "a reserva de lo dispuesto en el artículo 4.2" debía sustituirse "4.2" por "4.3", por ser ésta la disposición a la que ese texto hacía remisión. Predominó el parecer que, pese a que el Grupo de Trabajo no había adoptado una decisión definitiva sobre el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, se habría de prestar más atención a la interconexión del régimen del proyecto de instrumento con el de otros convenios de transporte unimodal.

119. Pese a que se expresó cierto apoyo por suprimir el proyecto de artículo 5.2.1, el Grupo de Trabajo convino en retenerlo provisionalmente, dada la amplia experiencia existente con otras disposiciones análogas que figuraban en otros convenios, como era el caso del artículo 3 2) de las Reglas de La Haya. Se convino asimismo en someter a nuevo estudio el proyecto de artículo a fin de evaluar la coherencia interna y la influencia recíproca entre el proyecto de artículo 5.2.1 y el proyecto de artículo 6, así como el efecto de las diversas definiciones que cabía dar del período durante el cual subsistiría la obligación descrita en el proyecto de artículo 5.2.1. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado, con posibles variantes en las que se reflejaran los pareceres y las inquietudes expresadas.

c) Párrafo 5.2.2

120. Se observó que el proyecto de artículo 5.2.2 tenía por objeto acomodar la práctica de las cláusulas f.i.o. (franco de carga y descarga) y f.i.o.s. (franco de carga estibada y descarga) que se utilizaban en el fletamento a granel de buques, pero que eran rara vez utilizadas en el comercio por líneas regulares. Se observó que la razón para estipular una cláusula f.i.o.(s.) solía ser la de que el propietario de la carga podía negociar que esas operaciones se efectuaran por un precio inferior (por ejemplo, por ofrecerle una empresa estibadora cierta rebaja en función del volumen de carga); esas cláusulas se convenían también cuando el propietario de la carga estimaba poder efectuar mejor ciertas operaciones que el porteador (por ejemplo, por su pericia profesional en la carga y estiba de cierto tipo de mercancías). Cabía asimismo combinar esas razones. Se dijo en concreto que cuando se estipulaba una cláusula f.i.o.(s.) por el segundo motivo mencionado parecía justo que se disminuyera en cierto modo la responsabilidad del porteador por esas operaciones. Ahora bien, se respondió que los supuestos en los que el cargador participaba en las operaciones de carga diferían, dependiendo de circunstancias como el tamaño de la

empresa, el tipo de mercancías, las condiciones ofrecidas por el puerto utilizado o la tecnología utilizada para la custodia y cuidado de las mercancías, por lo que era inconcebible que un tratado permitiera, en términos generales, eximir al porteador de su responsabilidad por la carga y descarga en supuestos en los que se estipulara una de esas cláusulas.

121. Se observó que, aun cuando el expedidor cargara las mercancías a tenor de lo estipulado en una cláusula f.i.o.(s), era mucho más improbable que el consignatario se hiciera cargo de la operación de descarga (de suceder así el efecto de una cláusula de carga y descarga sería que el porteador o alguna otra empresa había de efectuar la operación de descarga por cuenta del propietario de las mercancías). Se criticó esa posibilidad (prevista en el texto actual por las palabras "por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en su nombre") por considerarse que el porteador no debería estar facultado para efectuar una operación "por cuenta" del propietario de la carga, al tiempo que reducía su propia responsabilidad al respecto.

122. Se dijo que, en el marco de algunos ordenamientos, esa cláusula sólo influía de hecho en la distribución de los gastos de las operaciones y no disminuía, en principio, la responsabilidad al respecto del porteador. Se dijo además que la obligación que incumbía, en primer lugar, al porteador de salvaguardar la seguridad del buque y de la carga no era afectada en modo alguno por esas prácticas.

123. Se expresó el parecer de que las cláusulas f.i.o.(s.) tal vez funcionara adecuadamente en el transporte marítimo (de puerto a puerto) pero resultarían inadecuadas en el marco de un contrato global de transporte de puerta a puerta en el que se estipulara que toda operación de carga y descarga en un puerto intermedio había de correr por cuenta del propietario de la carga, trasladando el riesgo de dichas operaciones al propietario de la carga en algún punto intermedio de la operación de transporte. Se sugirió por ello suprimir ese proyecto de disposición. Hubo notable apoyo en favor de esa sugerencia, por lo que se estimó que se había de evaluar cuál sería el efecto de esas cláusulas en el marco de una operación de puerta a puerta.

124. No obstante, otros opinaron que se debía reconocer la función de esas cláusulas, en la distribución de los riesgos y responsabilidades de esas operaciones entre el cargador y el porteador, por lo que esa cláusula debería exonerar al porteador en la misma medida en que el cargador se hubiera comprometido a hacerse cargo de esas operaciones. Era conveniente que hubiera autonomía contractual al respecto, lo que permitiría que las partes negociaran la solución menos costosa asignando la obligación de carga o de descarga a la empresa que estuviera en mejores condiciones de asumirla.

125. Se señaló que el proyecto de disposición remitía en términos generales a las obligaciones enunciadas en el artículo 5.2.1, que incluían además el transporte, la custodia y el cuidado de las mercancías. Se apoyó ampliamente la sugerencia de que el porteador no pueda delegar contractualmente al cargador un conjunto tan amplio de obligaciones derivadas del contrato de transporte.

126. Se señaló que, conforme a las disposiciones actuales del proyecto, no había que convenir expresamente o negociar específicamente una cláusula f.i.o.(s.) (franco de carga (estibada) y descarga), lo cual planteaba problemas de orden público. Se replicó que, como no estaba clara la forma en que podía convenirse tal cláusula, habría que puntualizar que habría de convenirse expresamente y también que no

podría haber transferencia a terceros sin consentimiento expreso (pero se agregó que esta aclaración no significaba que la cláusula no transfería la responsabilidad de esas operaciones al propietario de la carga).

127. Se expresaron diversas opiniones sobre cuál sería la regla apropiada para el proyecto de instrumento. Hubo acuerdo general con la propuesta de que el proyecto de instrumento continuara siendo aplicable aun cuando las partes convinieran en una cláusula f.i.o.(s.). Se suscribió la opinión de que la cláusula no afectaba únicamente a la cuestión de los costos de las operaciones de carga y descarga sino que además reducía contractualmente la responsabilidad del porteador en esas operaciones (de otro modo, la libertad contractual en este campo no permitía lograr beneficios comerciales óptimos). No obstante, recibió apoyo considerable la idea de que la cláusula sólo afectara a la cuestión de quién debía asumir los gastos de las operaciones de carga y descarga, y de que la aplicación de la cláusula no debía reducir la responsabilidad del porteador en esas operaciones. No se llegó a ninguna conclusión definitiva sobre este punto, pero se aceptó la necesidad de aclarar la cuestión en el proyecto de instrumento. Tras un debate, se decidió colocar esta disposición entre corchetes para que el Grupo de Trabajo volviera a examinarla, particularmente en función de las disposiciones sobre la responsabilidad del porteador. Se sugirió que se preparara información escrita sobre la práctica comercial de las cláusulas f.i.o.(s.) para ayudar al Grupo de Trabajo a examinar la cuestión en un futuro período de sesiones.

d) Párrafo 5.3

128. Se señaló al Grupo de Trabajo que ya existían reglas relativas al transporte de mercancías peligrosas en otros convenios de transporte unimodal, como los que regulan los transportes internacionales de mercancías por ferrocarril, por carretera y por vías de navegación interior. En el contexto del transporte puerta a puerta, habría que estudiar más detenidamente la relación entre el proyecto de instrumento y estos otros tratados.

129. Con respecto al contenido del proyecto de artículo 5.3, se apoyaron los principios en que se basaba la disposición. Según una opinión muy compartida, tal vez habría que hacer en el proyecto de artículo una distinción en función de si el porteador había sido informado o no de la naturaleza de las mercancías. Se dijo que tal vez habría que limitar el alcance de la disposición a supuestos en los que el transporte de ciertas mercancías entrañara peligros concretos o en los que el porteador no hubiera sido informado de la peligrosidad de las mercancías. Ahora bien otras delegaciones expresaron el parecer contrario de que, se le hubiera o no informado, el porteador debía estar facultado para destruir las mercancías, si ello era necesario. También se sugirió que, la disposición regulara la cuestión de la posible indemnización que deberá pagar el cargador al porteador por los gastos suplementarios acarreados por la manipulación de las mercancías en las circunstancias previstas en el proyecto de artículo 5.3. Además, se dijo que sería preciso que el artículo indicara con más claridad su relación con las obligaciones del porteador de mantener navegabilidad del buque conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 5.4. Se afirmó que el artículo 5.3 debería también prever salvaguardias contra toda medida injustificada del porteador. Se expresó el temor de que, en su forma actual, el proyecto de disposición pudiera inducir a error, especialmente a causa de la remisión al proyecto de artículo 5.3 efectuada en el

proyecto de artículo 6.1.3 x) en lo relativo a la exoneración de responsabilidad del porteador. Se dijo que esa dificultad era debida a que ambos proyectos de disposición trataban de regular al mismo tiempo el derecho del porteador a destruir las mercancías (prescindiendo de si el porteador estaba o no al corriente de la peligrosidad de las mercancías) y las obligaciones y responsabilidades del cargador. Se dijo que esas cuestiones estaban mejor reguladas en el artículo 13 de las Reglas de Hamburgo.

130. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en general en que era preciso mejorar el texto del proyecto de artículo 5.3. Se pidió a la Secretaría que preparara una variante de ese texto basándose en los principios enunciados en el artículo 13 de las Reglas de Hamburgo referentes a las facultades del porteador en caso de emergencia derivada del transporte de mercancías peligrosas. También se convino en la necesidad de examinar con más detenimiento, en el contexto de proyecto de artículo 7.5, la cuestión de la indemnización a que pudiera tener derecho el porteador o el cargador en dichas circunstancias.

e) Párrafo 5.4

131. El Grupo de Trabajo recordó su debate preliminar sobre el proyecto de artículo 5.4 (véase el párrafo 43, *supra*) y confirmó su apoyo general a que esa disposición impusiera al porteador una obligación de obrar con la debida diligencia durante todo el viaje, manteniendo en su texto las palabras actualmente entre corchetes “y durante” y “y mantenerla”. No obstante, se reiteró la preocupación de que al extenderse esta obligación de debida diligencia a la totalidad del viaje se estuviera imponiendo una mayor carga a los porteadores, que traspasarían su costo, elevando los fletes.

132. Se observó que el texto del proyecto de artículo 5.4 se inspiraba en las Reglas de La Haya y que, de mantenerse, se aprovecharía la amplia experiencia adquirida y toda la jurisprudencia existente a la hora de interpretar esa disposición en el transporte marítimo. No obstante, se señaló que el texto del proyecto de artículo 5.4 no resultaba adecuado para otros modos de transporte.

133. Se afirmó que habría que hacer ciertas mejoras en el texto para aclarar la repartición de la carga de la prueba en lo referente a la obligación de debida diligencia del porteador. En particular, se preguntó si el cargador, al que el artículo 6.1.3 imponía la carga de tener que demostrar la causa de la pérdida de las mercancías o de los daños sufridos por éstas, habría de demostrar también que el porteador no había obrado con la diligencia prescrita por el proyecto de artículo 5.4.

134. También se planteó la cuestión de la duración del período de responsabilidad del porteador con arreglo al proyecto de artículo 5.4 que, según el texto, empezaba “antes” del viaje por mar, aunque no se especificaba el momento exacto en que este período empezaba y terminaba. Se sugirió que la obligación de debida diligencia del porteador no finalizara al llegar el buque al puerto o a su lugar de destino sino que siguiera vigente al menos hasta que se hubieran descargado las mercancías. A tal efecto, se sugirió que se eliminaran las palabras “y mantenerla” en los apartados a) y c). En su lugar, habría que añadir, al final del proyecto de artículo 5.4, una frase del siguiente tenor: “Las obligaciones enunciadas en el presente artículo deberán cumplirse durante todo el período en que las mercancías permanezcan a bordo del buque y durante su descarga”.

135. A fin de adaptar la disposición a las necesidades concretas del transporte de productos refrigerados y congelados, se sugirió que se le agregara también el siguiente texto: "Tras la entrega de mercancías que se hayan transportado a temperaturas controladas (en contenedores o de otro modo), el porteador deberá, a petición de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 13.1, presentar a dicha persona en el plazo de 14 días las copias solicitadas de pruebas documentales o demás información archivada electrónicamente (como diagramas o datos archivados electrónicamente y extraídos de alguna memoria informática) de que disponga acerca de las temperaturas a las que se hayan transportado las mercancías".

136. Tras el debate, el Grupo de Trabajo convino en que el texto actual del proyecto de artículo 5.4 constituía una base viable para proseguir las deliberaciones. El Grupo de Trabajo tomó nota de las diversas sugerencias que se habían formulado con respecto al proyecto de disposición. Se convino en general en la necesidad de estudiar el proyecto de disposición teniendo en cuenta las disposiciones similares o comparables de otros convenios de transporte unimodal.

f) Párrafo 5.5

137. Se formularon preguntas sobre la necesidad y el propósito del proyecto de artículo 5.5 y también sobre su relación con el capítulo 15, que trata de la avería gruesa.

138. Se afirmó que el proyecto de capítulo 15 se refería al ajuste de la avería gruesa y a la aplicabilidad de reglas contractuales referentes a detalles de tal ajuste, mientras que el proyecto de artículo 5.5 enunciaba un principio general de derecho que, por una parte, expresaba la regla generalmente reconocida en los ordenamientos jurídicos de que en ciertas circunstancias se justificaba el sacrificio de bienes de otras personas y, por otra parte, aportaba una base jurídica para la avería gruesa regulada en el proyecto de capítulo 15. Se argumentó que la expresión de ese principio, a pesar de posibles mejoras de redacción, era útil, ya que podía facilitar la aplicación de las Reglas de York y Amberes (1994) sobre la avería gruesa. Se afirmó asimismo que el proyecto de artículo 5.5 preveía una excepción (además de la ya enunciada en el proyecto de artículo 5.3) a la regla de la diligencia especificada en otras disposiciones del proyecto de capítulo 5. Varios oradores elogiaron el proyecto de artículo 5.5 por responder a ciertos imperativos de la seguridad en el mar.

139. No obstante, se formularon graves objeciones a su enfoque general, los principios en él enunciados y su redacción. Algunos delegados, que lo criticaron, propugnaron su supresión, mientras que otros consideraron que el Grupo de Trabajo debía formularlo mejor y mantenerlo, ya sea en su lugar actual o trasladándolo al proyecto de artículo 15.

140. Se consideró que el proyecto de artículo creaba una nueva facultad, no recogida en ningún texto jurídico anterior de carácter similar, sin aclarar ni limitar su alcance. Se consideró que la avería gruesa era un concepto jurídico bien arraigado y definido que no procedía complementar con una disposición jurídica de vasto alcance como la del proyecto de artículo 5.5. Además, esa disposición iba más allá del concepto tradicional de avería gruesa (en particular porque no se limitaba al concepto de peligro para el transporte marítimo común), favorecía de modo

injustificable al porteador y, además, el proyecto de capítulo 15 (que seguía de cerca al artículo 24 de las Reglas de Hamburgo) era suficiente para regular las situaciones en que el porteador tuviera que sacrificar mercancías en aras de la seguridad común en un transporte por mar.

141. A modo de explicación, se dijo que si el sacrificio de mercancías era el resultado de la falta de navegabilidad del buque y se establecía un vínculo entre esa falta de navegabilidad y la necesidad de sacrificar las mercancías, el porteador sería responsable. No obstante, se replicó que el proyecto de artículo ponía al propietario de la carga en una situación difícil, habida cuenta de la disposición sobre responsabilidad enunciada en el proyecto de artículo 6.1.3 (en virtud de la cual se presumía que el porteador no tenía la culpa de la pérdida de las mercancías ni de los daños sufridos por ellas); en particular, la obligación probatoria era difícil para el propietario de la carga.

142. Se observó que el proyecto de artículo no hablaba de preservar el buque o la carga de un peligro común, lo cual era un elemento esencial de toda situación de avería gruesa. Se consideró que esta fundamentación incompleta del derecho a sacrificar mercancías era inapropiada y podía tener consecuencias imprevisibles. En cuanto a la redacción, tampoco estaba claro qué relación existía entre el proyecto de artículo y el proyecto de capítulo 15. Además, se comentó que se estaba estudiando una posible revisión de las Reglas de York y Amberes (1994), lo cual era otro motivo para no incluir en el proyecto de instrumento disposiciones legislativas no ensayadas. Se opinó que, como criterio de redacción, era preferible enunciar expresamente deberes de diligencia del porteador (y combinar esos deberes con presunciones de no responsabilidad) que enunciar un derecho a hacer caso omiso de un deber de diligencia. En cualquier caso, si había que enunciar principios generales sobre la avería gruesa, se consideró preferible tratarlos en el contexto del proyecto de capítulo 15.

143. Una vez examinadas las diversas opiniones, se observó que el Grupo de Trabajo estaba dividido entre los partidarios de la eliminación del proyecto de artículo 5.5 y los que propugnaban su mantenimiento. Los partidarios de mantener la disposición en el texto consideraban que debía examinarse con mayor detenimiento y aclararse su contenido (tal como se había demostrado en el debate). Para dar a entender que el Grupo de Trabajo no estaba en condiciones de adoptar una decisión sobre el mantenimiento de este proyecto de disposición en el texto y para indicar que era preciso examinar su contenido y su redacción con mayor detenimiento, el Grupo de Trabajo decidió poner el proyecto de artículo entre corchetes.

3. Proyecto de artículo 7 (Obligaciones del cargador)

144. El texto del proyecto de artículo 7 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

> “7.1 A reserva de las disposiciones del contrato de transporte, el cargador entregará las mercancías preparadas para el transporte y en un estado que les permita resistir el transporte previsto, incluidas las operaciones de carga, manipulación, estibado, sujeción y afianzamiento, así como de descarga, y no provocar lesiones ni daños. En el caso de que las mercancías se entreguen en un contenedor o un remolque o encima de un contenedor o de un remolque

embaladas por el cargador, el cargador deberá estibar, sujetar y afianzar las mercancías en el contenedor o remolque o encima del contenedor o el remolque de forma que las mercancías resistan el transporte previsto, incluidas las operaciones de carga, manipulación y descarga del contenedor o del remolque, y que no causen lesiones ni daños.

7.2 El porteador proporcionará al cargador, previa petición, la información de que tenga conocimiento y las instrucciones que sean razonablemente necesarias o importantes para que el cargador pueda cumplir sus obligaciones en virtud del artículo 7.1.

7.3 El cargador proporcionará al porteador la información, las instrucciones y los documentos que sean razonablemente necesarios para:

a) La manipulación y el transporte de las mercancías, incluidas las precauciones que ha de adoptar el porteador o una parte ejecutante;

b) El cumplimiento de las normas, reglamento y otros requisitos de las autoridades en relación con el transporte previsto, con inclusión de documentos, solicitudes y licencias relacionados con las mercancías;

c) La recopilación de los datos del contrato y la emisión de los documentos de transporte o de los documentos electrónicos, incluidos los datos mencionados en el artículo 8.2.1 b) y c), el nombre de la parte que va a ser identificada como cargador en los datos del contrato, y el nombre del consignatario y de la persona a la orden, a no ser que el cargador pueda suponer razonablemente que el porteador conoce ya esos datos.

7.4 La información, las instrucciones y los documentos que el cargador y el porteador se entregan unos a otro en virtud de los artículos 7.2 y 7.3 deben facilitarse oportunamente, y deben ser exactos y completos.

7.5 El cargador y el porteador son responsables cada uno respecto del otro, respecto del consignatario y respecto de la parte controladora por toda pérdida o daño debidos a que una de las partes no haya cumplido sus obligaciones respectivas en virtud de los artículos 7.2, 7.3 y 7.4.

7.6 El cargador es responsable respecto del porteador por toda pérdida, daño o lesión causada por las mercancías y por toda infracción de sus obligaciones en virtud del artículo 7.1, a no ser que el cargador pruebe que dicha pérdida o dicho daño fueron causados por sucesos o por circunstancias que un cargador diligente no puede evitar o cuyas consecuencias un cargador diligente no puede prevenir.

7.7 Si una persona identificada como “cargadora” en los datos del contrato, aunque no sea el cargador según se define en el artículo 1.19, acepta el documento de transporte o el documento electrónico, esa persona a) quedará sujeta a las responsabilidades y las obligaciones impuestas al cargador en virtud del presente capítulo y en virtud del artículo 11.5, y b) tendrá derecho a disfrutar de los derechos y de las inmunidades del cargador estipulados en el presente capítulo y en el capítulo 13.

7.8 El cargador es responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la cual ha delegado la ejecución de cualquiera de sus responsabilidades con arreglo al presente capítulo, con inclusión de sus subcontratistas, empleados,

agentes, y cualquier otra persona que obre, directa o indirectamente, por petición suya, o bajo su supervisión o control, como si dichos actos u omisiones fueran los suyos propios. La responsabilidad recae en el cargador con arreglo a la presente disposición únicamente cuando los actos u omisiones de la persona de que se trate estén dentro del ámbito del contrato o empleo de dicha persona o de su representación."

a) Párrafo 7.1

145. A pesar de la declaración hecha en el párrafo 112 del anexo de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21) en el sentido de que "la obligación fundamental del cargador es entregar las mercancías al porteador de conformidad con el contrato de transporte", se sugirió que, de hecho, la obligación fundamental del cargador era pagar el flete. Algunas delegaciones estimaron que el pago del flete era la obligación principal del cargador y que las demás obligaciones eran subsidiarias de ésta. Sin embargo, se expresó la opinión alternativa de que, aunque el pago del flete era la obligación más importante del cargador, esta cuestión se trataba ya en el proyecto de artículo 9 del proyecto de instrumento. Se sugirió que, para reflejar más claramente la importancia de la obligación de que el cargador se cerciorase de que las mercancías, al ser entregadas al porteador, estuvieran en condiciones de resistir el transporte, debía suprimirse la palabra "y", al establecer la obligación del cargador en la primera oración del proyecto de artículo 7.1. Se expresó un amplio apoyo a esta sugerencia.

146. Se hizo otra sugerencia en el sentido de que, en la redacción actual, la obligación del cargador de entregar las mercancías listas para el transporte quedaba al arbitrio de lo estipulado en el contrato de transporte y, si la intención era que fuera una obligación vinculante, las palabras iniciales del proyecto de artículo 7.1 ("a reserva de las disposiciones del contrato de transporte") deberían suprimirse. Se observó que, en la redacción actual, la disposición permitiría a las partes convenir la modificación de la obligación establecida en el proyecto de artículo 7.1. Se dijo que esa modificación sólo sería válida entre las partes en el contrato de transporte y no frente a terceros. Se dijo también que someter la obligación del cargador de entregar las mercancías a las disposiciones del contrato de transporte podría dar lugar a abusos por parte de un porteador que tratara de incluir cláusulas más onerosas. Se dijo asimismo que parecía haber un desequilibrio entre la obligación de diligencia del porteador con respecto a las mercancías, establecida en el proyecto de artículo 5.2.1, y las obligaciones del cargador con respecto a esas mismas mercancías. Se señaló que la obligación del cargador en relación con la condición y el embalaje de las mercancías se enunciaba de forma mucho más detallada que la obligación correspondiente del porteador, y que ello podría causar confusión y traducirse también en problemas de prueba. Se sugirió que cabría equilibrar mejor esas obligaciones recurriendo al enfoque adoptado en los artículos 12, 13 y 17 de las Reglas de Hamburgo. Se expresó apoyo a esta sugerencia. En contra de ella se dijo que las obligaciones del cargador reguladas en el proyecto de artículo 7.1 y las del porteador en el proyecto de artículo 5 eran de índole distinta, por lo que procedía regularlas con un grado de detalle ligeramente distinto.

147. Se sugirió suprimir la segunda oración del proyecto de artículo 7.1, dado que la definición de "mercancías" del proyecto de artículo 1.11 incluía también "todo

equipo o contenedor". No obstante, se objetó a esa sugerencia que esa segunda oración era necesaria para que fuera indudable que la obligación del cargador se extendía a la estiba adecuada de la carga en contenedores o remolques, y para responder al interés general de que se diera mayor importancia a las cuestiones de seguridad. Se dieron ejemplos de situaciones, especialmente en la industria de los transbordadores, en que afianzar las mercancías en los remolques, a bordo de los transbordadores era especialmente importante. En vista de esa preocupación, se convino en conservar la segunda oración. Sin embargo, el Grupo de Trabajo señaló que las relaciones entre el proyecto de artículo 7.1 y el proyecto de artículo 1.11 podrían requerir ulterior examen, para evitar cualquier posible incompatibilidad.

148. Después del debate, el Grupo de Trabajo convino en suprimir la palabra "y" en la segunda línea del proyecto de artículo 7.1, y en colocar entre corchetes la frase "a reserva de las disposiciones del contrato de transporte", en espera de nuevas consultas y debates sobre el alcance de la obligación del porteador y la medida en que quedaba al arbitrio de la autonomía contractual. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que se preparara una variante basada en los artículos 12, 13 y 17 de las Reglas de Hamburgo. Además, se señaló que podría ser necesario revisar la disposición para determinar la compatibilidad de su terminología en los seis idiomas oficiales.

b) Párrafo 7.2

149. Se expresó la opinión de que el proyecto de artículo 7.2 era inadecuado, ya que introducía un elemento subjetivo en los deberes y obligaciones recíprocos entre cargador y porteador, y constituía por ello una carga adicional para el porteador, lo que podría llevar a litigios innecesarios. Además, se dijo que el proyecto de artículo 7, que trataba de las obligaciones del cargador, no debía utilizarse para establecer una obligación del porteador. Se sugirió que se suprimiera el proyecto de disposición y que la cuestión de la información y las instrucciones que el cargador debiera proporcionar al porteador se tratara caso por caso, sobre la base de las prácticas comerciales existentes.

150. Sin embargo, prevaleció claramente la opinión de debía mantenerse el proyecto de artículo 7.2, ya que ofrecía un equilibrio adecuado entre las obligaciones del cargador (tratadas en el proyecto de capítulo 7 y en otras partes) y las obligaciones del porteador de dar al cargador la información necesaria para que éste pudiera cumplir sus obligaciones. Se observó que, aunque una obligación como la del proyecto de artículo 7.2 no se indicara expresamente, existía en cualquier caso como principio, y era esencialmente consecuencia de la obligación recíproca de las partes contratantes de cooperar de buena fe. A este respecto, se dijo que el proyecto de instrumento debía contener una disposición (incluido en otros textos de la CNUDMI, como el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías), en el sentido de que, al interpretar el instrumento, habría que tener en cuenta la observancia de la buena fe. No obstante, se consideró en general que, en este contexto particular, resultaba preferible expresar la obligación general de buena fe en términos como los del proyecto de artículo 7.2.

151. En cuanto a la formulación empleada, se dijo que era preciso cerciorarse de que, en las versiones en todos los idiomas, quedase en claro que el concepto

calificador “razonablemente necesarias” se refería tanto a la “información” como a las “instrucciones”. Se expresaron algunas dudas sobre si el proyecto de disposición, que se centraba en las obligaciones del porteador, estaba bien situado en el capítulo relativo a las obligaciones del cargador. Sin embargo, se consideró que, en vista de la estrecha relación existente entre el proyecto de artículo 7.2 y las demás disposiciones del proyecto de capítulo 7, la ubicación del proyecto de disposición no resultaba necesariamente inadecuada. Se sugirió que, teniendo en cuenta la vinculación existente entre la obligación del porteador a tenor del proyecto de artículo 7.2 y las obligaciones del cargador a tenor del proyecto de capítulo 7, se podría deducir que el cargador no respondería del incumplimiento de sus obligaciones si el porteador no le proporcionaba debidamente la información y las instrucciones solicitadas, y que podría ser conveniente aclarar esa interpretación. Se observó que el artículo 7 del Convenio de Budapest (CMNI) requería la forma escrita para la información que se diera en un contexto similar y que en el proyecto de artículo 7.2 se podría considerar también la cuestión de la forma.

152. A reserva de las observaciones expresadas, el Grupo de Trabajo decidió mantener el proyecto de disposición, con miras a examinar sus pormenores en un período de sesiones futuro.

c) Párrafo 7.3

153. Se expresó amplio apoyo a la formulación del proyecto de artículo 7.3, que establecía el requisito de que el cargador proporcionara al porteador información, instrucciones y documentos determinados. Se expresó la opinión de que la referencia hecha en el párrafo c) al “nombre de la parte que va a ser identificada como cargador en los datos del contrato” podía crear problemas en la práctica, cuando esa información figurase, por ejemplo, en un conocimiento de embarque y el nombre del cargador documentario fuera distinto del nombre del cargador contractual. Se sugirió que las palabras “los datos del contrato” se sustituyeran por las palabras “el documento de transporte”. Como respuesta, se observó que la definición de “datos del contrato” hacía referencia ya a toda información que figurase en “un documento de transporte”. Sobre esa base, se aprobó el texto del proyecto de artículo 7.3, como una sólida base para proseguir el debate en una etapa ulterior.

d) Párrafo 7.4

154. Se dijo que el proyecto de artículo 7.4, que enunciaba la obligación recíproca del cargador y del porteador de facilitarse oportunamente información, instrucciones y documentos que fueran exactos y completos constituía un buen punto de partida para ulteriores debates. El Grupo de Trabajo convino en que debía mantenerse el texto para ulterior examen.

e) Párrafo 7.5

155. Se observó que el proyecto de artículo 7.5 imponía tanto al cargador como al porteador una responsabilidad objetiva recíproca, hacia el consignatario o hacia la parte controladora por toda pérdida o daño debidos a que una de las partes no

hubiera proporcionado la información que debía proporcionar con arreglo a los proyectos de artículo 7.2, 7.3 ó 7.4. Se dijo que esta disposición era importante, dado que, en la actualidad, la inspección física real de las mercancías era rara y, por consiguiente, el intercambio de información relativa a las mercancías entre cargadores y porteadores era de la máxima importancia para el éxito de las operaciones de transporte.

156. Sin embargo, se expresaron preocupaciones por el texto actual del proyecto de artículo 7.5. Una de ellas era que el tipo de responsabilidad establecido en ese proyecto de artículo era inadecuado, dado que las obligaciones establecidas en los proyectos de artículo 7.2, 7.3 y 7.4 no eran absolutas y entrañaban apreciaciones subjetivas. Por ejemplo, el párrafo 7.3 se refería a que el cargador proporcionara la información que fuera "razonablemente" necesaria. Imponer una responsabilidad objetiva por el incumplimiento de lo que se describía como obligación flexible e imprecisa parecía excesivo a algunas delegaciones. Se sugirió que, en determinadas circunstancias, un cargador podría tener una serie de razones para no proporcionar la información pertinente, por ejemplo, si el cargador creía razonablemente que el porteador disponía ya de esa información. Además, se dijo que un método basado en la responsabilidad objetiva podría ser inadecuado, por ejemplo cuando un cargador no proporcionara los datos pertinentes de conformidad con los apartados b) o c) del artículo 8.2.1 que debieran incluirse en el documento de transporte antes de que el porteador recibiera las mercancías (como exigía el artículo 8.2.1). En tal caso, el efecto del proyecto de artículo 7.5 sería hacer que el cargador respondiera objetivamente del incumplimiento de su obligación, en virtud del artículo 7.4, de proporcionar la información "oportunamente". Se dijo que, en su redacción actual, la disposición era ambigua y no resultaba claro cuál sería su efecto en cuanto a la responsabilidad hacia un consignatario o hacia una parte controladora, ni si el porteador sería responsable hacia un consignatario cuando el porteador no proporcionase datos suficientes y viceversa. Se sugirió que un proyecto revisado de la disposición podría tener que distinguir entre la responsabilidad contractual hacia las demás partes implicadas y la responsabilidad extracontractual hacia terceros.

157. Otra preocupación fue que la disposición no tenía en cuenta la situación en que tanto el cargador como el porteador eran ambos responsables, al permitir una responsabilidad compartida en esos casos. Asimismo, se sugirió que la disposición era ambigua en el sentido de que no resultaba claro qué se entendía por "pérdida o daño" en el proyecto de artículo 7.5, en comparación, por ejemplo, con la frase utilizada en el proyecto de artículo 7.6, en el que se hablaba de "pérdida, daño o lesión". Se sugirió que el Grupo de Trabajo examinara esa cuestión para delimitar mejor de qué pérdida o daño se trataba. Con carácter más general, se sugirió que la obligación impuesta en el proyecto de artículo 7.5 se siguiera examinando detenidamente para aclarar sus múltiples implicaciones.

158. Se llegó a la conclusión de que el proyecto de artículo 7.5 debía colocarse entre corchetes, en espera de su reexamen a la luz de las preocupaciones y sugerencias mencionadas. Se pidió a la Secretaría que preparase un proyecto revisado, con posibles textos alternativos para tener en cuenta las sugerencias hechas. Al terminar el debate, el Grupo de Trabajo convino en general en revisar el proyecto de disposición, dando la consideración debida al hecho de que la información mencionada en el proyecto de artículo 7.5 podría comunicarse por medio de mensajes electrónicos, es decir, introducirse en un sistema de

comunicación electrónica y reproducirse con modificaciones o sin ellas en el proceso de transmisión.

f) Párrafo 7.6

159. Se observó que el proyecto de artículo 7.6 hacía responsable al cargador de los daños causados por las mercancías (y del incumplimiento de las obligaciones que le imponía el artículo 7.1) basándose en el criterio de la culpa, y además correspondía al cargador demostrar que la pérdida o el daño fueron causados por sucesos o circunstancias que un cargador diligente no habría podido evitar o cuyas consecuencias un cargador diligente no habría podido prevenir. Se reconoció que en el proyecto de artículo 7.6 se invertía el criterio seguido en el artículo 4.6 de las Reglas de La Haya-Visby y en el artículo 13 de las Reglas de Hamburgo, que preveían una responsabilidad estricta u objetiva por los daños causados por mercancías peligrosas. Se opinó que en el comentario que figuraba en el párrafo 116 de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo) no se justificaba suficientemente el cambio de enfoque jurídico adoptado en el proyecto de artículo 7.6.

160. A juicio de una delegación, señalar como norma de responsabilidad la conducta de “un cargador diligente” era demasiado ambigua. Se replicó que esa norma era lo debidamente flexible y que no crearía problemas de interpretación en ningún ordenamiento jurídico. Se estimó que en el proyecto de artículo 7.6 la carga de la prueba impuesta al cargador era más onerosa que la que el proyecto de artículo 6.1 imponía al porteador. Se observó que el proyecto de artículo 7.6 imponía una carga onerosa al cargador, particularmente al obligarlo a demostrar que la pérdida, el daño o la lesión fue causada por sucesos que un cargador diligente no habría podido evitar o prevenir. Se sugirió que esa mayor onerosidad de la carga de la prueba fuera únicamente aplicable al incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 7.1. Se replicó que esta norma más estricta era apropiada, ya que llamaba debidamente la atención de los cargadores sobre la importancia primordial de la seguridad en el mar.

161. Dado que el porteador se beneficiaba de exenciones y limitaciones que no tenía el cargador, se sugirió agregar al proyecto de artículo 7.6 el siguiente texto: “El cargador no será responsable de pérdida o daño alguno sufrido por el porteador o por el buque que sea imputable a una causa en la que no haya mediado ningún acto, culpa o negligencia del cargador, de sus representantes o de sus empleados”. Se dijo que este texto pretendía reemplazar el texto existente del proyecto de artículo 7.6, pero que debería ponerse entre corchetes para indicar que aún no estaba resuelta la cuestión de la persona a la que debería corresponder la carga de la prueba, por lo que aún sería objeto de ulteriores deliberaciones. Se consideró también que ni esa propuesta ni el texto actual del proyecto de artículo 7.6 regulaban adecuadamente el supuesto de negligencia concurrente de un porteador que incumpliera las obligaciones que le imponía el proyecto de artículo 7.2 y ello contribuyera al incumplimiento del proyecto de artículo 7.6 por parte del cargador. Se estimó en general que el texto debía tener en cuenta esta cuestión.

162. El texto sugerido obtuvo amplio apoyo, pero se hicieron varias observaciones. Concretamente, se opinó que era preciso examinar el alcance de la responsabilidad del cargador en el proyecto de artículo 7.6 en diferentes supuestos: en primer lugar,

cuando el daño sufrido por el buque hubiera sido ocasionado por las propias mercancías; en segundo lugar, cuando las mercancías causaran daños a la tripulación a bordo del buque; y, en tercer lugar, cuando las mercancías dañaran otras mercancías a bordo del buque. Se estimó que el texto propuesto podía contribuir a regular mejor esas tres categorías de daños. También se opinó que el texto propuesto podía resultar más apto para regular las responsabilidades del cargador frente a terceros, que no estaban previstas en el texto actual del proyecto de artículo 7.6. Respecto de la propuesta se dijo también que seguía muy de cerca tanto las Reglas de La Haya como el artículo 12 de las Reglas de Hamburgo y que este enfoque basado en la responsabilidad por culpa representaba una mejora en relación con el texto enunciado en el proyecto de artículo 7.6. Se consideró asimismo que tal vez convendría reexaminar la referencia al concepto de "buque" en la propuesta, a fin de prever la eventualidad de que el proyecto de instrumento fuera aplicable al transporte de puerta a puerta y no simplemente al transporte de puerto a puerto. En el contexto del transporte de puerta a puerta, habría que examinar el texto teniendo en cuenta otras convenciones de transporte unimodal. También se sostuvo que la referencia a terceros en la propuesta era demasiado amplia y, dado que esa cuestión ya se abordaba en otros regímenes relativos a la seguridad, como el del Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (Convenio SNP), sería mejor limitar la propuesta al cargador y al porteador.

163. Se estimó que la principal dificultad que planteaba el proyecto de artículo 7.6 era que se había eliminado del proyecto de instrumento la distinción entre mercancías ordinarias y peligrosas, que existía en otras convenciones marítimas. Se sugirió que se introdujera esta distinción en el proyecto de instrumento, a fin de que el cargador tuviera una responsabilidad estricta por los daños causados al buque por mercancías peligrosas. No obstante, se advirtió que era importante evaluar las repercusiones de la inclusión en el texto de una cláusula relativa a las mercancías peligrosas, particularmente los gastos suplementarios que pudieran ocasionar los intereses de la carga. En el Grupo de Trabajo no hubo unanimidad sobre la eventual inclusión en el texto de una regla específica sobre las cargas peligrosas, por lo que la cuestión quedó pendiente de examen y se trataría ulteriormente.

g) Párrafo 7.7

164. Recibió apoyo general el texto del proyecto de artículo 7.7 por considerarse que trataba útilmente de regular la posición del vendedor f.o.b. que, aunque no fuera el cargador, figurara como tal en el documento de transporte. No obstante, hubo reservas sobre la utilización de las palabras "acepta el documento de transporte", pues se estimó que la aceptación era el acto o el modo por el cual el cargador documental se convertía en titular del conocimiento de embarque. Se opinó que estas palabras debían verse también en el contexto de una situación en que se hubiera expedido un documento de transporte no negociable o un documento electrónico no negociable. También hubo reservas acerca de si había que imponer también al vendedor f.o.b. todas las responsabilidades impuestas al cargador. Se respondió que, dado que el que figuraba como cargador (como primer titular del conocimiento de embarque) actuaba en calidad de cargador con todos los correspondientes derechos, era lógico que esa persona asumiera también todas las obligaciones del cargador. Se aceptó en general la idea de que esta cuestión requería

un análisis más detenido. Se sugirió que se ampliara la disposición para regular la situación en que en el documento de transporte no se mencionara ningún cargador y que, en tales casos, se pudiera presumir que la persona que entregaba la carga era el cargador. También se argumentó que la disposición debería distinguir más claramente entre el cargador y el cargador mencionado en el documento de transporte. En este contexto, se sugirió que se estudiara la cuestión de si la "persona" mencionada en el proyecto de artículo 7.7 debía compartir solidaria o mancomunadamente la responsabilidad con el cargador o de si éste debía ser el único responsable. Se llegó a la conclusión de que era preciso deliberar más detenidamente sobre todas estas opiniones, preocupaciones y sugerencias.

h) Párrafo 7.8

165. Se consideró que el proyecto de artículo 7.8 enunciaba un principio clásico conforme al cual el cargador era responsable de los actos u omisiones de sus subcontratistas, empleados o representantes y conforme al cual esta responsabilidad quedaba limitada a los actos u omisiones que entraran en el ámbito del contrato, del empleo o de la representación de dicha persona. No obstante, se objetó que, en su forma actual, esta disposición imponía una excesiva responsabilidad al cargador respecto de los actos u omisiones de las personas en las que hubiera delegado responsabilidades. Se sostuvo que esta disposición era demasiado onerosa en comparación con disposiciones similares que afectaban al porteador. También se opinó que convendría mejorar el proyecto de artículo 7.8 haciendo referencia al proyecto de artículo 5.2.2 en virtud del cual, entre otras cosas, el porteador podía actuar por cuenta del cargador. Se señaló que existía la posibilidad de que el porteador atribuyera su falta al cargador en virtud del proyecto de artículo 7.8. Se convino en examinar este problema con mayor detenimiento.

166. Se acordó asimismo examinar más a fondo la variante propuesta para el proyecto de artículo 7.6 (véase el párrafo 161 *supra*) y que se suprimiera la referencia a representantes y empleados en dicha propuesta, ya que la cuestión podía regularse en el marco del proyecto de artículo 7.8.

167. Se sugirió que se adaptara la posición del cargador con respecto a las actividades de sus subcontratistas, empleados o representantes a la posición de los porteadores frente a tales personas. A este respecto, se sugirió ajustar más el texto del proyecto de artículo 7.8 al del proyecto de artículo 6.3.2. En contra de esta idea se sostuvo que, si bien el Grupo de Trabajo trataba de mantener un justo equilibrio entre el cargador y el porteador, no había por qué utilizar exactamente los mismos términos al describir las responsabilidades de uno y otro. Incluso se sugirió que las circunstancias en que un cargador pudiera incurrir en responsabilidad por las acciones de un tercero en virtud del proyecto de artículo 7.8 se enfocaran de modo distinto a las circunstancias en que un porteador pudiera considerarse responsable de los actos de terceros con arreglo al proyecto de artículo 6.3.2.

168. En cuanto a la redacción, se sugirió que se examinaran las versiones del proyecto de artículo en todos los idiomas para velar por la coherencia en la descripción de conceptos como las "responsabilidades" u "obligaciones" del cargador.

169. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de artículo 7.8 podía servir de base para ulteriores debates, sin perjuicio de las diversas objeciones que se habían formulado sobre su actual enunciado. Al término de las deliberaciones, se sugirió que se limitara el alcance del proyecto de artículo 7.8 de modo que se ciñera a las obligaciones delegables del cargador, dejando de lado las obligaciones que no fueran delegables.

170. Se convino en mantener el texto actual del proyecto de artículo 7.8 junto con la propuesta mencionada anteriormente en el párrafo 161 como posible variante para el texto actual del proyecto de artículo 7.6, de modo que ambos textos pudieran volverse a examinar en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo.

4. Proyecto de artículo 9 (Flete)

171. El texto de proyecto de artículo 9 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

"9.1 a) El flete se devenga cuando se entregan las mercancías al consignatario en el momento y el lugar mencionados en el artículo 4.1.3, a no ser que las partes hayan convenido en que el flete se devengue total o parcialmente en un momento anterior.

b) A no ser que se haya convenido en otra cosa, no se devengará flete alguno por las mercancías que se hayan perdido antes de que se devengue el flete por esas mercancías.

9.2 a) El flete se abona cuando se haya devengado, a no ser que las partes hayan convenido en que el flete se abona total o parcialmente en un momento anterior o posterior.

b) Si subsiguientemente al momento en que el flete se ha devengado las mercancías se pierden, resultan dañadas o por otra razón no se entregan al consignatario de conformidad con las disposiciones del contrato de transporte, el flete sigue siendo pagadero independientemente de la causa de dicha pérdida, dicho daño o dicha falta de entrega.

c) A no ser que se convenga en otra cosa, el pago del flete no puede ser objeto de indemnización, deducción o descuento so pretexto de reconvención del cargador o del consignatario contra el porteador, [cuya responsabilidad a ese respecto o la cuantía de dicha responsabilidad no se haya convenido o establecido todavía].

9.3 a) A no ser que se convenga en otra cosa, el cargador es el responsable del flete y otras cargas que se deriven del transporte de las mercancías.

b) Si el contrato de transporte estipula que la responsabilidad del cargador o de cualquier otra persona identificada en los datos del contrato como cargadora cesará total o parcialmente a raíz de un suceso determinado o después de un determinado momento, dicha cesación no será válida:

i) por lo que se refiere a cualquier responsabilidad que en virtud del capítulo 7 corresponda al cargador o a una persona mencionada en el artículo 7.7; o

ii) por lo que se refiere a cualquier cantidad pagadera al porteador con arreglo al contrato de transporte, excepto en la medida en que el porteador posee una seguridad adecuada en virtud del artículo 9.5 o en virtud de otra disposición respecto del pago de dichas cantidades;

iii) en la medida en que contradiga las disposiciones del artículo 12.4.

9.4 a) Si los datos del contrato que figuren en un documento de transporte o en un documento electrónico contienen la declaración "flete pagado de antemano" o una declaración de naturaleza análoga, entonces ni el tenedor ni el consignatario serán responsables del pago del flete. La presente disposición no se aplica si el tenedor o el consignatario es también el cargador.

b) Si los datos del contrato que figuran en un documento de transporte o en un documento electrónico contienen la declaración "flete pagadero" o una declaración de naturaleza análoga, dicha declaración indica al consignatario que puede ser responsable del pago del flete.

9.5 a) [Independientemente de cualquier acuerdo que se haya concertado en sentido contrario,] si con arreglo a la legislación nacional aplicable al contrato de transporte el consignatario es responsable de los pagos que se mencionan a continuación, y en la medida en que lo sea, el porteador tiene derecho a retener las mercancías hasta que el pago de

i) flete, flete falso, sobreestadía, daños por detención y todos los demás costos reembolsables en que haya incurrido el porteador en relación con las mercancías;

ii) todos los daños debidos al porteador en virtud del contrato de transporte;

iii) toda contribución por avería gruesa debida al porteador en relación con las mercancías se haya efectuado, o se haya proporcionado una seguridad adecuada de que dicho pago se efectuará.

b) Si el pago a que se refiere el apartado a) del presente artículo no se ha efectuado o no se ha efectuado en su totalidad, el porteador tiene derecho a vender las mercancías (según el procedimiento, si lo hubiere, previsto por la legislación nacional aplicable) y a liquidar las cantidades que se le debieran (incluido el costo de dicho recurso) con cargo al producto de dicha venta. Todo lo que quede del producto de dicha venta se pondrá a disposición del consignatario."

a) Párrafo 9.1

172. Se dijo, a título de observación general que ni en el régimen de La Haya ni en el régimen de Hamburgo se había incluido una disposición sobre el flete, por lo que era cuestionable que el proyecto de instrumento mejorara en algo al abordar esta cuestión. De insertarse una disposición relativa al flete, deberá ser una disposición equilibrada que, por ejemplo, se ocupe adecuadamente del supuesto de que las mercancías sean entregadas completamente dañadas (pese a lo cual, con arreglo al proyecto actual, deberá abonarse el flete completo). Ahora bien, se respondió a esa observación que en el supuesto de que se entregaran mercancías dañadas, el flete ya

abonado o debido, formaría parte del crédito del cargador por indemnización. Se formularon otras reservas respecto de este artículo basadas en la circunstancia de que las prácticas variaban mucho de un ramo industrial a otro, variabilidad que se agudizaría aún más si el proyecto de instrumento fuera a ser aplicable al transporte de puerta a puerta.

173. No obstante prevaleció ampliamente el apoyo expresado a favor de que se incluyeran disposiciones relativas al flete que respetaran el principio de la autonomía contractual sobre la base de que esas disposiciones contribuirían a unificar el derecho marítimo aplicable a este respecto, lo que era particularmente importante a la luz de la diversidad del enfoque adoptado en el derecho interno respecto de la cuestión del pago del flete. Se dijo que si el proyecto de instrumento fuera a ser aplicable a operaciones de puerta a puerta, se habrían de tener en cuenta las disposiciones relativas al porte en los regímenes de transporte unimodal existentes.

174. El Grupo de Trabajo abordó el examen del significado de "se devenga cuando se entregan". Se dijo que con ello se quería indicar que el crédito o derecho a cobrar el flete nacían al efectuarse la entrega. Se sugirió que esta disposición debería distinguir más claramente entre el momento en que naciera el crédito y el momento en que cabía reclamar su pago. Se pidieron explicaciones adicionales sobre el significado del término "se devenga" ("earned") en el marco del proyecto de artículo 9 1). A título de respuesta, se sugirió que el término "se devenga" se refería al momento en que la deuda nacía aun cuando pasara a ser efectivamente pagadera en alguna fecha ulterior. Se expresó el parecer de que esta distinción se veía confirmada por el hecho de que el proyecto de artículo 9 1) se ocupara del momento en que el flete pasaba a ser debido, mientras que el proyecto de artículo 9 2) se ocupaba del momento en el que el flete pasaba a ser pagadero. Persistieron, no obstante, las dudas respecto de la claridad del texto actual de la disposición examinada. Se sugirió también que el proyecto de artículo 9.1 disponía que el porteador no podría reclamar el pago del flete hasta que se hubiera completado el transporte de las mercancías, pero que la autonomía contractual de las partes les daba margen para estipular otra cosa. Se sugirió que aun cuando el momento en el que el flete pasaba a ser abonable no debiera ser objeto de una disposición de rango imperativo, la cuestión de saber si había o no nacido un derecho a cobrar el flete no debía quedar al arbitrio de la autonomía contractual. Hubo en general divergencias de parecer en el Grupo de Trabajo sobre lo que cabía entender por los términos "se devenga", o nace el derecho a cobrar el flete ("*is earned*") y "será [o pasa a ser] pagadero" ("*due*"). Se convino en aclarar más este punto al reformular esta disposición. Hubo acuerdo general en que el principio de la autonomía contractual fuera aplicable tanto a la determinación del momento en que el flete era ya debido o nacía el derecho a cobrarlo, como a la determinación del momento en el que el flete pasaba a ser pagadero o cobrable. Se sugirió además que la disposición indicara expresamente que la cuantía del flete habría de ser determinada de común acuerdo por las partes interesadas.

175. Respecto a la disposición de que el flete será debido cuando se entreguen las mercancías, se estimó que si un cargador no entregaba las mercancías al porteador conforme a lo convenido, el porteador debería estar facultado para cobrar al menos una parte del flete convenido. Se observó, en respuesta, que la autonomía contractual permitiría que las partes resolvieran adecuadamente esta cuestión.

176. Respecto del párrafo b) del proyecto de artículo 9.1, se sugirió que esta disposición estaba redactada en términos demasiado genéricos. Se dijo, a este respecto, que decir que no será pagadero flete alguno por las mercancías que se hayan perdido antes de que pase a ser debido el flete por esas mercancías, resultaba demasiado vago. Se sugirió que convendría pormenorizar esta disposición respecto de las diversas causas por las que la entrega no se hubiera efectuado, distinguiendo entre el supuesto en el que mediara culpa del porteador, el supuesto en el que no mediara culpa de nadie (fuerza mayor) y el supuesto en el que mediara culpa del cargador.

177. Se observó que existían reglamentos y prácticas comerciales, algunas de ellas de ámbito regional, como el reglamento de la COCATRAM (Comisión Centroamericana de Transporte Marítimo), que se ocupaban de ciertos puntos como la moneda para el pago del flete, los efectos de la devaluación o apreciación de esa moneda, y el derecho del porteador a inspeccionar las mercancías y rectificar la cuantía del flete abonable si resultara que se había empleado una base de cálculo inexacta. Se sugirió que el proyecto de instrumento no debería interferir con ningún arreglo ya vigente o futuro a ese respecto.

b) Párrafo 9.2

178. A título de análisis de la estructura del proyecto de artículo 9.2, se observó que el proyecto de artículo 9 hacía una distinción entre las condiciones que habían de darse para que naciera la obligación de abonar el flete (reguladas en el proyecto de artículo 9.1) y las que habían de darse para que el flete pasara a ser pagadero (reguladas en el proyecto de artículo 9.2).

179. Se expresó cierta inquietud respecto de la influencia recíproca y posible incoherencia entre lo dispuesto en los apartados 9.1 a) y 9.2 b). En la hipótesis de que, conforme al párrafo 9.1 a) el flete pasara a ser debido a la entrega de las mercancías, se preguntó qué sucedería en el supuesto previsto en el apartado 9.2 b) de que, con posterioridad a esa entrega, las mercancías “se pierden, resultan dañadas o por otra razón no se entregan”. Se respondió que el apartado 9.2 b) tenía únicamente por objeto regular el supuesto en que se hubiera estipulado el pago anticipado del flete, lo que era sumamente probable a la luz de la práctica general de incluir en los documentos de transporte cláusulas relativas al momento en que pasaba a ser debido el flete. A fin de aliviar esa inquietud, se propuso reformular el proyecto de artículo 9.2 b) en términos como los siguientes: “En todo supuesto en el que sea debido el flete con anterioridad a la entrega de las mercancías, toda pérdida o daño de las mercancías, o la falta de entrega de las mismas al consignatario, no harán que el flete debido se convierta en no pagadero, con independencia de cuál sea la causa de dicha pérdida o daño o de la falta de entrega de las mercancías”.

180. Se observó que, de preverse que el proyecto de instrumento fuera a regular operaciones de transporte de puerta a puerta, se debería prestar particular atención a la interconexión y a la posibilidad de conflictos entre el régimen marítimo, según el cual el flete seguiría siendo pagadero aun cuando se hubieran perdido las mercancías, y otros regímenes de transporte unimodal, como el del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), conforme a los cuales el transportista tendría la obligación de reembolsar el flete o porte abonado, si se hubieran perdido las mercancías.

181. Desde una perspectiva más general, se expresó el parecer de que establecer un régimen internacional, conforme al cual el flete o porte siguiera siendo pagadero aun cuando se hubieran perdido las mercancías, pese a ser conforme con el derecho interno aplicable en cierto numero de países, sería considerado por algunos injusto y difícil de justificar en un instrumento internacional de derecho uniforme. Se dijo que no debería intentarse dar una solución uniforme a este problema, que debería quedar al arbitrio del derecho interno. Se observó, no obstante, que la política legal, conforme a la cual el flete seguía siendo pagadero pese a que se hubieran perdido las mercancías, no era contrario a los intereses del cargador. Si se perdían las mercancías se adicionaría el importe del flete al valor de esas mercancías al calcularse la indemnización debida al cargador, a tenor de lo dispuesto en el proyecto de artículo 6.2. De incluirse el flete, la cuantía de esa indemnización sería, por ello, calculada en función de un valor superior.

182. Respecto al párrafo 9.2 c), se preguntaron cuáles eran las razones por las que el proyecto de disposición establecía, a título de regla supletoria, la prohibición general de toda compensación. Se dijo que ello podría contradecir la política legal al respecto del derecho general de obligaciones, en algunos países. Se expresó el parecer contrario de que la política reflejada en el párrafo 9.2 c) era la adecuada, al insistir en la necesidad de que las partes estipularan expresamente todo lo relativo a la compensación, evitando así que el cargador procediera unilateralmente a aplicar esa compensación. Se dijo que esa política era conforme al principio general que inspiraba el proyecto de artículo 9 de que la autonomía contractual de las partes constituía la norma suprema en todo lo relativo al flete. Respecto de la conveniencia de conciliar una y otra posición, prevaleció el parecer de que se incluyera en el proyecto de disposición el texto actualmente entre corchetes ("cuya responsabilidad a ese respecto o la cuantía de dicha responsabilidad no se haya convenido o establecido todavía").

183. Tras deliberar al respecto, se convino, a título provisional, que a fin de proseguir el examen en una etapa ulterior, se reestructurara el proyecto de artículo fusionando los párrafos 9.1 a) y 9.2 a) en una única disposición, mientras que el párrafo 9.1 b) seguiría como está y se fusionarían también los párrafos 9.2 b) y 9.2 c). Se convino asimismo provisionalmente en que se aclarara debidamente el texto de los párrafos 9.2 b) y c) a fin de limitar su aplicación a supuestos en los que las partes hubieran concertado un acuerdo expreso.

c) Párrafo 9.3

184. Se observó que el proyecto de artículo 9.3 a) preveía una regla supletoria, de rango no imperativo para el caso en que el contrato de transporte no resolviera la cuestión de la persona que debía pagar el flete y otros gastos conexos.

185. Se señaló que en el proyecto de instrumento no se explicaba lo que abarcaba el concepto de "otras cargas que se deriven del transporte de las mercancías" y que esas palabras podían entenderse en un sentido amplio que abarcara muy diversas categorías de reclamaciones como, por ejemplo, las sobreestadías (los daños ocasionados por la permanencia del buque más allá del período contractual permitido para las operaciones de carga y descarga), otros gastos de inmovilización, las cuotas pagaderas por concepto de avería gruesa y otros gastos reembolsables realizados por el porteador. Se replicó que esos gastos, al limitarse a los "derivados

del transporte de las mercancías", abarcarían únicamente los que el porteador pudiera reclamar justificadamente del cargador; por ejemplo, cuando el cargador tuviera libertad para utilizar el contenedor del porteador pero lo utilizara más allá del período convenido, el cargador sería responsable del costo de utilización del contenedor durante ese período suplementario. El porteador también puede tener gastos a causa de las mercancías cuando, por ejemplo, las autoridades aduaneras deniegan la entrada de las mercancías y el porteador tiene que hacer frente a los correspondientes gastos; no obstante, se consideró que esos costos entraban más bien en el ámbito del proyecto de artículo 7.6 y en particular de la propuesta de versión revisada (véase el párrafo 161 *supra*). El Grupo de Trabajo tomó nota de estas declaraciones y no adoptó ninguna decisión sobre si convenía o no aclarar esos términos.

186. Con respecto al proyecto de artículo 9.3 b), se señaló que regulaba situaciones derivadas del comercio con pólizas de fletamento (que no se regulaban en el proyecto de instrumento), concretamente cuando el fletador, habiendo pagado por adelantado una parte del flete o habiendo transferido al cargador el derecho a hacer transportar las mercancías, quería liberarse de otras obligaciones relativas al transporte. En tal situación, las partes incluirían en la póliza una cláusula (que en la práctica se denominaba a menudo "cláusula de cesación") en virtud de la cual la responsabilidad del fletador por el cargamento cesaría a partir del envío de la carga, lo cual significaba que el porteador debía reclamar el flete al propietario de la carga o al cargador y para ello podía invocar garantías reales (o gravámenes) sobre la carga.

187. En cuanto a la pertinencia del proyecto de artículo 9.3 b) para los contratos de transporte regidos por el proyecto de instrumento, se observó que normalmente la responsabilidad del cargador no cesaría a partir de hechos como el envío de la carga o la transferencia del conocimiento de embarque (y para ello no sería necesario el proyecto de disposición). No obstante, si las partes incluyeran en el contrato de transporte regido por el proyecto de instrumento una cláusula con el efecto de una cláusula de cesación (lo cual se reconoció que no se daría frecuentemente en la práctica) o si la cláusula de cesación pasaba a formar parte del conocimiento de embarque al incorporarse a él por remisión las cláusulas de la póliza (en cuyo caso la cláusula de cesación pondría fin a la responsabilidad del cargador por el flete y otras reclamaciones conexas, aunque ello no ocurría necesariamente así debido al modo en que los tribunales interpretaban las cláusulas de cesación incorporadas), el proyecto de artículo 9.3 b) garantizaría que el cargador seguiría vinculado al porteador en los casos especificados en los incisos i), ii) y iii). Se observó que el proyecto de disposición era imperativo, es decir, que prevalecía sobre el acuerdo de las partes.

188. El proyecto de disposición recibió cierto apoyo, debido a que impedía que no se abonara el flete al porteador. No obstante, fue objeto de una considerable oposición y de críticas. Concretamente se estimó injustificable que la disposición fuera imperativa cuando no había necesidad de proteger a una parte más débil y, de modo más general, cuando no había que limitar la libertad contractual, pues las partes podían tener razones válidas para regular por vía contractual el modo en que habían de cumplirse las obligaciones del cargador. También se opinó que los términos de la disposición eran excesivamente amplios, concretamente cuando se hablaba, en el párrafo b) ii), de "cualquier cantidad" pagadera al porteador,

prescindiendo de si la cláusula de cesación había liberado al cargador de su obligación de pago. Además, al remitirse a toda responsabilidad en virtud del capítulo 7 (que regulaba una amplia gama de obligaciones del cargador, además del pago del flete), el proyecto de artículo 9, relativo al flete, no era el lugar adecuado para esta disposición. Se consideró también que habría que estudiar detenidamente la posibilidad de hacer extensiva la disposición imperativa a todas esas obligaciones.

189. El Grupo de Trabajo tomó nota de las críticas formuladas sobre el proyecto de artículo 9.3 b) y decidió aplazar su decisión al respecto hasta que se hubiera examinado con mayor detenimiento la cuestión y en particular el contexto práctico en que habría de aplicarse.

190. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no concluyó su lectura del proyecto de artículo 9. Se decidió que el Grupo de Trabajo examinaría en su décimo período de sesiones los párrafos restantes del proyecto de artículo 9 y las demás disposiciones pendientes del proyecto de instrumento.

B. Nota de la Secretaría relativa al anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su noveno período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.21 y Add.1) [Original: inglés]

Índice

	Párrafos	*Página*
Introducción	1-24	1080
Anexo: Proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte	1-220	1086
Capítulo 1: Definiciones	2-23	1086
Capítulo 2: Comunicación electrónica	24-29	1093
Capítulo 3: Ámbito de aplicación	30-45	1094
Capítulo 4: Período de responsabilidad	46-58	1098
Capítulo 5: Obligaciones del porteador	59-65	1103
Capítulo 6: Responsabilidad del porteador	66-111	1105
Capítulo 7: Obligaciones del cargador	112-123	1118
Capítulo 8: Documentos de transporte y documentos electrónicos	124-159	1121
Capítulo 9: Flete	-	1132
Capítulo 10: Entrega al consignatario	160-184	1134
Capítulo 11: Derecho de control	185-197	1140
Capítulo 12: Transferencia de derechos	198-202	1146
Capítulo 13: Derechos de demanda judicial	203-205	1148
Capítulo 14: Plazo para la demanda	206-212	1149
Capítulo 15: Avería gruesa	213	1151
Capítulo 16: Otras convenciones	214	1151
Capítulo 17: Limitaciones de la libertad contractual	215-220	1152

Introducción

1. En su 29º período de sesiones, en 1996[1], la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) estudió una propuesta de que incluyera en su programa de trabajo un examen de las prácticas y leyes actuales en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, con miras a determinar la necesidad de normas uniformes en aquellos ámbitos en que no existieran dichas normas y a fin de lograr una mayor uniformidad en las leyes[2].

2. En aquel período de sesiones se dijo a la Comisión que las leyes nacionales y los convenios internacionales existentes dejaban importantes lagunas sobre cuestiones tales como el funcionamiento de los conocimientos de embarque y las cartas de porte marítimo y sobre la relación de esos documentos de transporte con los derechos y las obligaciones existentes entre el vendedor y el comprador de las mercancías, así como la posición jurídica de las entidades que financiaban a una de las partes en el contrato de transporte. Algunos Estados disponían de normas sobre estas cuestiones, pero el hecho de que esas disposiciones tuvieran un contenido dispar y de que muchos Estados carecieran de ellas representaba un obstáculo para la libre circulación de mercancías y aumentaba el costo de las operaciones. El empleo creciente de los medios electrónicos de comunicación en el transporte de mercancías agravaba aún más las deficiencias de esas leyes fragmentarias y dispares, y hacía sentir también la necesidad de elaborar disposiciones uniformes que regularan las cuestiones relacionadas con las aplicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías[3].

3. Así pues, se sugirió que se pidiera a la Secretaría que recabara opiniones y sugerencias sobre esas dificultades, no sólo de los gobiernos sino, en particular, de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes que representaran los distintos intereses del ramo de los transportes marítimos internacionales de mercancías. Se observó que un análisis de esas opiniones y sugerencias permitiría a la Secretaría presentar, en un futuro período de sesiones, un informe que sirviera de base a la Comisión para tomar una decisión fundamentada sobre el tipo de medidas que conviniera adoptar.

4. Esta sugerencia suscitó varias reservas[4]. Según una de ellas, las cuestiones que había que considerar eran numerosas y complejas, lo cual sería un lastre para los recursos limitados de la Secretaría. En vez de ello debía darse prioridad a otros temas que ya figuraban, o que se iban a incluir, en el programa de la Comisión. Además, se dijo que la prolongada coexistencia de tratados con diversos regímenes de la responsabilidad en el transporte marítimo de mercancías y el lento proceso de adhesión al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (véanse las Reglas de Hamburgo) hacían poco probable que con un nuevo tratado se lograra armonizar más el derecho aplicable. En efecto, existía el peligro de que incluso se agravara la actual falta de armonía entre las leyes[5].

5. Además, se dijo que cualquier labor que replanteara el régimen de la responsabilidad probablemente disuadiría a los Estados a la hora de adherirse a las

---

[1] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/51/17).
[2] Ibíd, párr. 210.
[3] Ibíd.
[4] Ibíd, párrs. 212-214.
[5] Ibíd, párr. 213.

Reglas de Hamburgo, lo cual sería lamentable. Se subrayó que, si había de llevarse a cabo una investigación, ésta no debería abarcar el régimen de la responsabilidad. Empero, se respondió que el examen del régimen de responsabilidad no era el objetivo principal de la labor sugerida; lo necesario era solucionar de forma moderna las cuestiones que no estaban suficientemente reguladas en los tratados o que no se abordaban en absoluto.

6. Ante la diversidad de opiniones, la Comisión no incluyó el examen de las cuestiones sugeridas en su programa. Sin embargo, decidió que la Secretaría coordinara la labor de reunir información, ideas y opiniones sobre los problemas que se daban en la práctica, así como sobre las posibles soluciones al respecto. Se acordó que para ello deberían consultarse muy diversas fuentes, no sólo los gobiernos, sino también las organizaciones internacionales que representaban a los sectores comerciales del ramo de los transportes marítimos de mercancías, tales como la Asociación Internacional de Puertos, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Cámara Naviera Internacional, el Comité Marítimo Internacional (CMI), la Federación Internacional de Asociaciones de Cargadores de Carga, y la Unión Internacional de Seguros de Transporte[6].

7. En su 31º período de sesiones, en 1998, se declaró ante la Comisión, en nombre del CMI, que éste acogía con beneplácito la invitación a que cooperara con la Secretaría para recabar opiniones de los sectores interesados en el transporte internacional de mercancías y para preparar un análisis de esa información. Se observó que ese análisis permitiría a la Comisión adoptar una decisión fundada en cuanto al modo de proceder más conveniente[7]. En aquel período de sesiones, se expresó un firme apoyo a los trabajos exploratorios que habían emprendido el CMI y la Secretaría. La Comisión manifestó su agradecimiento al CMI por su disposición a emprender un proyecto tan importante y de tan amplio alcance, respecto del cual no había apenas precedentes en el plano internacional[8].

8. En el 32º período de sesiones de la Comisión, en 1999, se comunicó en nombre del CMI que se había pedido a un grupo de trabajo del CMI que preparara un estudio sobre una amplia variedad de cuestiones relativas al derecho internacional del transporte, con miras a determinar los aspectos en que se requería unificación o armonización por parte de los sectores comerciales interesados[9]. Al realizar el estudio se había comprobado que esos sectores se mostraban sumamente interesados 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, una mayor armonización del derecho del transporte tendría evidentemente beneficios considerables para el comercio internacional. El grupo de trabajo del CMI había comprobado que había una serie de cuestiones que no se trataban en los actuales instrumentos de unificación. Algunas de esas cuestiones se regían por normas de derecho interno, que no estaban en modo alguno armonizadas a nivel internacional. Esa falta de armonización se hacía sentir particularmente en el campo del comercio electrónico. Se comunicó que el grupo de trabajo del CMI había descubierto numerosos puntos de convergencia entre los distintos tipos de contratos que se utilizaban en el comercio y en el transporte de mercancías a nivel

---

[6] Ibíd, párr. 215.
[7] Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/53/17), párr. 264.
[8] Ibíd., párr. 266.
[9] Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de tercer período sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 413.

internacional (como los contratos de compraventa, los contratos de transporte, los contratos de seguro, las cartas de crédito, los contratos de tránsito, así como varios otros contratos conexos). El grupo de trabajo del CMI se proponía aclarar la naturaleza y la función de estas convergencias, así como reunir y analizar las normas por las que actualmente se regían. En una etapa ulterior, esa labor incluiría una reevaluación de los principios por los que se regía la responsabilidad a fin de determinar su compatibilidad con un sector más amplio de los regímenes aplicables al transporte de mercancías.

9. En aquel período de sesiones se informó también a la Comisión de que el grupo de trabajo del CMI había enviado un cuestionario a todas las organizaciones miembros del CMI representativas de un gran número de ordenamientos jurídicos. 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 determinar la base sobre la cual podía asentarse la labor futura de armonización del derecho que rige los transportes internacionales de mercancías. El CMI aseguró a la Comisión que le brindaría su asistencia en la preparación de un instrumento de armonización universalmente aceptable[10].

10. En el mismo período de sesiones, la Comisión expresó su agradecimiento al CMI por haber atendido su solicitud de cooperación y pidió a la Secretaría que siguiera cooperando con el CMI en la recopilación 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 y propuestas para la labor futura[11].

11. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de derecho del transporte (A/CN.9/476) en el que se describía el desarrollo de la labor que llevaba a cabo el CMI en colaboración con la Secretaría. También se le presentó verbalmente un informe en nombre del CMI. En colaboración con la Secretaría, el grupo de trabajo del CMI había iniciado una investigación basada en un cuestionario dirigido a las organizaciones integrantes del CMI que abarcaba diferentes ordenamientos jurídicos. También se señaló que, al mismo tiempo, se había celebrado una serie de mesas redondas con objeto de determinar la naturaleza de la labor futura con organizaciones internacionales que representaban a diversos sectores comerciales. En esas reuniones se puso de manifiesto que el apoyo de esos sectores al proyecto y su interés por éste no habían disminuido.

12. Se informó de que, tras recibir las respuestas al cuestionario, el CMI había creado un subcomité internacional encargado de analizar la información y sentar las bases de la labor futura de armonización del derecho del transporte internacional de mercancías. Se informó también de que, habida cuenta del entusiasmo despertado hasta ese momento en los sectores comerciales interesados, y de las conclusiones preliminares acerca de los aspectos jurídicos que se debían armonizar, era muy probable que, al final, el proyecto se transformara en un instrumento de armonización universalmente aceptable.

13. En el curso de las deliberaciones del subcomité del CMI se había observado que, si bien aún se empleaban conocimientos de embarque, en especial cuando se requería un documento negociable, a veces el transporte marítimo de mercancías de

[10] Ibíd., párr. 415.
[11] Ibíd., párr. 418.

hecho no representaba más que una pequeña parte del sector de los transportes internacionales de mercancías. En el comercio con contenedores, hasta un conocimiento de embarque de puerto a puerto supondría la recepción y la entrega del contenedor en algún lugar que no estuviera relacionado directamente con la carga o descarga del buque. Además, en la mayoría de los casos no era posible aceptar la entrega de las mercancías al costado del buque. Por otra parte, cuando se empleaban diversas modalidades de transporte, había con frecuencia lagunas entre los regímenes preceptivos aplicables a cada una de ellas. En consecuencia, se había propuesto que al elaborar un régimen internacional armonizado que abarcara todas las relaciones entre las partes en el contrato de transporte mientras la carga estuviera bajo la custodia del porteador, también se tuvieran en cuenta los problemas relativos a las actividades inherentes al transporte contratado por las partes que tuvieran lugar antes de la carga y después de la descarga, así como los relativos a los envíos cuando se previera más de una modalidad de transporte. Se observó que en su concepción original la labor estaba centrada en el examen de los aspectos jurídicos relativos al transporte de mercancías que no hubieran sido objeto previamente de acuerdos internacionales. No obstante, cada vez se opinaba más que el actual proyecto general debería ampliarse a fin de contener un régimen de responsabilidad actualizado que sirviera para complementar el régimen del instrumento de armonización propuesto.

14. Se hicieron varias declaraciones en la Comisión en el sentido de que había llegado el momento de esforzarse por lograr la armonización jurídica del transporte marítimo de mercancías, que las crecientes diferencias entre las legislaciones del transporte internacional de mercancías eran motivo de preocupación, y que era necesario dar cierta base jurídica a las prácticas contractuales y comerciales modernas en materia de transportes. También se señaló que el transporte marítimo de mercancías era cada vez más una etapa en una operación de almacén a almacén, y que había que tener en cuenta ese factor al concebir soluciones para el futuro. Se aprobó que la labor no se circunscribiera a la responsabilidad y abordara el contrato de transporte con objeto de facilitar la operación de exportación e importación, que comprendía la relación entre el vendedor y el comprador (y los posibles compradores subsiguientes) y la relación entre las partes en la transacción comercial y los proveedores de fondos. Se reconoció que un enfoque tan amplio entrañaría reexaminar en cierta medida las normas que regulaban la responsabilidad por pérdida o daño de las mercancías.

15. El 6 de julio de 2000, en el contexto del 33º período de sesiones de la Comisión, se celebró en Nueva York un coloquio sobre el derecho del transporte, organizado conjuntamente por la Secretaría y el CMI. El coloquio tuvo por objeto que los expertos expusieran sus ideas y opiniones sobre los problemas que se planteaban en el transporte internacional de mercancías, en particular en materia de transporte marítimo, y determinaran cuestiones relativas al derecho del transporte que la Comisión pudiera considerar dignas de examen en el futuro y que, en la medida de lo posible, sugirieran soluciones. Esa reunión sirvió para que una amplia gama de organizaciones interesadas y los representantes de asociaciones de porteadores y cargadores presentaran sus opiniones sobre posibles aspectos del derecho de transporte que hubiera que reformar.

16. La mayoría de los oradores reconocieron que las normas de derecho interno y los convenios internacionales vigentes contenían importantes lagunas sobre cuestiones como el funcionamiento de los conocimientos de embarque y las cartas de porte marítimo, la relación de esos documentos de transporte con los derechos y obligaciones entre el vendedor y el comprador de las mercancías, y la posición

jurídica de las entidades que financiaban a una de las partes en el contrato de transporte. En general hubo consenso en que, debido a los cambios que habían traído consigo el desarrollo de los transportes multimodales y el comercio electrónico, era necesario reformar el régimen jurídico del transporte con objeto de regular todos los contratos de transporte, tanto si se aplicaban a una o más modalidades de transporte como si se celebraban de forma electrónica o por escrito. Entre las cuestiones que se plantearon para tenerlas en cuenta en el proceso de reforma figuraban las de formular definiciones más exactas de las funciones, responsabilidades, derechos y obligaciones de todas las partes interesadas, y enunciar con más claridad cuándo se suponía que se perfeccionaba la entrega, las normas para regular los casos en que no quedaba claro en qué etapa de la operación de transporte se había perdido o dañado la carga, y las disposiciones o el régimen de responsabilidad aplicables, así como los límites financieros de responsabilidad y la incorporación de disposiciones encaminadas a prevenir el empleo fraudulento de los conocimientos de embarque.

17. En ese período de sesiones, la Comisión acogió con beneplácito la cooperación fructífera entre el CMI y la Secretaría. Se formularon varias declaraciones en el sentido de que durante toda la labor preparatoria era necesario contar con la participación de otras organizaciones interesadas, entre ellas las que representaban los intereses del propietario de la carga. La Comisión pidió a la Secretaría que siguiera colaborando activamente con el CMI con miras a presentarle en su siguiente período de sesiones un informe en el que se recogieran las cuestiones relativas al derecho del transporte que pudieran ser objeto de una futura labor de la Comisión.

18. Se tomó nota con reconocimiento de que el Subcomité Internacional del CMI, en el que podían participar todas las asociaciones de derecho marítimo que integran el CMI, se reunió cuatro veces en 2000 para examinar el alcance y las posibles soluciones de fondo de un futuro instrumento sobre derecho del transporte. En esas reuniones participaron como observadores varias organizaciones no gubernamentales, entre ellas la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO), la Federación Internacional de Asociaciones de Transitarios (FIATA), el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización y la Unión Internacional de Seguros de Transportes. Las tareas del Subcomité, establecidas por el CMI en consulta con la Secretaría, habían consistido en examinar en qué sectores del derecho del transporte que actualmente no estaban regulados por regímenes internacionales sobre la responsabilidad se podía lograr una mayor uniformidad a nivel internacional; preparar un esbozo de un instrumento encaminado a dar uniformidad al derecho del transporte y, posteriormente, redactar disposiciones para incorporarlas al instrumento propuesto, concretamente disposiciones relativas a la responsabilidad. Además, el Subcomité debía examinar el modo en que el instrumento podría regular otras formas de transporte relacionadas con el transporte marítimo. El anteproyecto de instrumento y un documento sobre cuestiones relativas al transporte de puerta a puerta se examinaron en la importante conferencia internacional del CMI celebrada en Singapur del 12 al 16 de febrero de 2001. Se informó de que, en cumplimiento de lo acordado en la conferencia, el Subcomité seguiría intentando encontrar soluciones que pudieran resultar aceptables para los sectores comerciales interesados en el transporte internacional de mercancías por vía marítima.

19. En su 34º período de sesiones, en 2001 la Comisión tuvo a su disposición un informe del Secretario General (A/CN.9/497) que había sido preparado atendiendo a la solicitud de la Comisión[12].

20. En el informe que examinó la Comisión se resumían las opiniones y sugerencias que habían emanado hasta el momento de las deliberaciones celebradas en el Subcomité Internacional del CMI. No se presentaron los detalles de las posibles soluciones legislativas porque el Subcomité las estaba ultimando. La finalidad del informe consistía en que la Comisión determinara los aspectos principales y el alcance de las posibles soluciones y decidiera de qué manera deseaba proceder al respecto. Entre las cuestiones descritas en el informe que habría que regular en el futuro instrumento figuraban las siguientes: el ámbito de aplicación del instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones del porteador, la responsabilidad del porteador, las obligaciones del cargador, los documentos de transporte, el flete, la entrega al consignatario, el derecho de supervisión de las partes interesadas en la carga durante el transporte, la transferencia de derechos sobre mercancías, la parte que tenía derecho a interponer una demanda contra un porteador, y el plazo límite para tal demanda.

21. En el informe se sugería que las consultas celebradas por la Secretaría en cumplimiento del mandato que le encomendó la Comisión en 1996 indicaban que ya se podía iniciar la preparación de un instrumento internacional, posiblemente de la categoría de un tratado internacional, encaminado a modernizar el derecho de transporte teniendo en cuenta los últimos adelantos tecnológicos, como el comercio electrónico, y a solucionar los problemas jurídicos del transporte marítimo internacional de mercancías determinados por la Comisión. El CMI estaba progresando en la elaboración de posibles soluciones legislativas y para diciembre de 2001 se esperaba haber preparado un texto preliminar con proyectos de posibles soluciones, conjuntamente con opciones y comentarios, para un futuro instrumento legislativo.

22. Tras un debate, la Comisión decidió que se estudiara el proyecto en uno de sus grupos de trabajo (que se denominaría “Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte”). Estaba previsto que la Secretaría redactara un documento preliminar para el Grupo de Trabajo con proyectos de las posibles soluciones para un futuro instrumento legislativo, con variantes y observaciones, que ya estaba preparando el CMI.

23. En cuanto al ámbito de trabajo, la Comisión, tras breves debates, decidió que el documento de trabajo que se iba a presentar al Grupo de Trabajo incluyera cuestiones de responsabilidad. La Comisión decidió también que las consideraciones del Grupo de Trabajo deberían abarcar inicialmente las operaciones de transporte de puerto a puerto; ahora bien, el Grupo de Trabajo quedaba en libertad de estudiar la conveniencia y la viabilidad de ocuparse también de las operaciones de transporte de puerta a puerta, o de determinados aspectos de dichas operaciones, y, según los resultados de esos estudios, recomendar a la Comisión una prórroga apropiada del mandato del Grupo de Trabajo. Se declaró que también deberían tenerse cuidadosamente en cuenta las soluciones expuestas en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en

---

[12] Ibid., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párrs. 319-345.

el Comercio Internacional (Viena, 1991). Se convino también en que la labor se llevaría a cabo en estrecha cooperación con organizaciones intergubernamentales interesadas que participasen en la labor sobre el derecho del transporte (como, por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Comisión Económica para Europa (CEPE) y otras comisiones regionales de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos (OEA)), así como organizaciones no gubernamentales internacionales.

24. El anexo que figura en el presente documento contiene proyectos de las posibles soluciones que se examinarán en la reunión del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte, que tendrá lugar en Nueva York del día 15 al 26 de abril de 2002. Se tratan todas las cuestiones que la Comisión había sugerido que se examinaran en el proyecto de instrumento. Ahora bien, no trata de la cuestión de la jurisdicción o del arbitraje, pues parece prematuro examinar esos temas antes de que se haya llegado a alguna conclusión acerca de las soluciones fundamentales. También tiene en cuenta los requisitos del comercio electrónico, es decir, la necesidad de eliminar los obstáculos que se oponen a las transacciones electrónicas. En realidad, su finalidad es aplicable a todos los contratos del transporte, incluidos los que se hayan concertado por medios electrónicos. Para llegar a alcanzar esa finalidad, el proyecto de instrumento es neutral en su aplicación así como por lo que se refiere a la tecnología. Eso significa que se puede adaptar a todo tipo de régimen, no solamente a los que se basan en un registro. Está redactado de forma que valga para los sistemas que operan en un entorno cerrado (como por ejemplo Intranet), así como a los que operan en un entorno abierto (como por ejemplo Internet).

ANEXO

Proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte

1. En el presente documento, la expresión “Reglas de Hamburgo” se refiere al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 1978; la expresión “Reglas de La Haya” se refiere al Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas jurídicas en materia de conocimientos, de 1924; la expresión “Reglas de La Haya-Visby” se refiere a las Reglas de La Haya según quedaron modificadas por el Protocolo de 23 de febrero de 1968.

1. DEFINICIONES

A los efectos del presente instrumento:

1.1 Por “porteador” se entiende una persona que concierta un contrato de transporte con un cargador.

2. Esta definición se basa en el mismo principio que se expone en las Reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de La Haya: el contratista es una persona jurídica. Un contratista puede haber concertado el contrato sea en su propio nombre y por sí mismo, sea mediante un empleado o agente que obra en su nombre o por él. Normalmente un porteador llevará a cabo todas sus funciones a través de dichas personas.

1.2 Por “consignatario” se entiende una persona que tiene derecho a hacerse cargo de las mercancías en virtud de un contrato de transporte o de un documento de transporte sobre papel o sobre soporte electrónico.

3. Esta definición excluye a las personas que tienen derecho a hacerse cargo de las mercancías con arreglo a una base que no sea el contrato de transporte, por ejemplo, el legítimo propietario de mercancías robadas.

1.3 Por “consignador” se entiende una persona que entrega las mercancías a un porteador para su transporte.

4. Un consignador puede incluir al cargador, la persona a que se haga referencia en el artículo 7.7 o cualquier otra persona que en su nombre o por decisión suya entrega efectivamente las mercancías al cargador o a la parte que se ocupa de la operación. Véase también el comentario respecto del artículo 7.7.

1.4 Por “contenedor” se entiende todo tipo de contenedor, plataforma o tanque transportable, otro medio de transporte de naturaleza apropiada o cualquier medio análogo de carga utilizado para agrupar mercancías, así como el equipo conexo que dicho medio de transporte requiera.

1.5 Por “contrato de transporte” se entiende un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se compromete a transportar las mercancías total o parcialmente por mar de un lugar a otro.

5. Esta definición incluye el transporte que precede o sigue al transporte por mar si dicho transporte está abarcado por el mismo contrato.

1.6 Por “datos del contrato” se entiende la información referente al contrato de transporte o a las mercancías (con inclusión de términos, notaciones, firmas y endosos) que figura en un documento de transporte o en un documento electrónico.

1.7 Por “parte controladora” se entiende la persona que en virtud del artículo 11.2 tiene derecho a ejercer el derecho de control.

1.8 Por “comunicación electrónica” se entiende una comunicación por imágenes electrónicas, ópticas o digitales, o por medios análogos con el resultado de que la información comunicada es accesible y utilizable para subsiguiente referencia. La comunicación incluye la generación, el almacenamiento, el envío y la recepción.

1.9 Por “documento electrónico” se entiende la información contenida en uno o más mensajes enviados por comunicación electrónica con arreglo a un contrato de transporte por un porteador o una parte ejecutante que:

a) Prueba que un porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

b) Prueba de un contrato de transporte o lo contenga;

o una y otra cosa.

Incluye también las informaciones adjuntas o vinculadas de otra manera al documento electrónico en el momento en que lo expide el porteador o una parte ejecutante, o subsiguientemente a dicho momento.

6. Esta definición debe abarcar todos los tipos de sistemas actuales y futuros. Sigue en todo lo posible el contenido de la definición de documento de transporte. Puede incluir informaciones añadidas después de haber sido expedido, por ejemplo con arreglo al artículo 11.2 c) iii). También abarca las firmas electrónicas asociadas lógicamente con un documento electrónico, así como un endoso electrónico que también puede ir adjunto o estar asociado lógicamente de otra forma con el documento electrónico.

1.10 Por "flete" se entiende la remuneración que se abona a un porteador por el transporte de mercancías con arreglo a un contrato de transporte.

1.11 Por "mercancías" se entiende los géneros, las mercancías y los artículos de todo tipo que un porteador o una parte ejecutante hayan recibido para su transporte, e incluyen el embalaje y todo tipo de equipo o contenedor que no haya sido proporcionado por un porteador o una parte ejecutante o en su nombre.

7. Esta disposición abarca fundamentalmente las definiciones de "mercancías" en las Reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de Hamburgo. El transporte de mercancías en cubierta es objeto del artículo 6.6, el transporte de animales vivos es objeto del artículo 17.2 a).

1.12 Por "tenedor" se entiende una persona que:

a) por el momento se halla en posesión de un documento de transporte negociable o tiene [el acceso exclusivo a] [control exclusivo de] un documento electrónico negociable, y que

b) o bien:

i) si el documento es un documento a la orden, está identificada en él como cargadora o consignataria, o es la persona a la que está debidamente endosado el documento, o

ii) si el documento es un documento a la orden endosado en blanco o es un documento al portador, es el portador de dicho documento; o

iii) si se ha utilizado un documento electrónico negociable, con arreglo al artículo 2.4 está en condiciones de demostrar que tiene [acceso a] [control de] dicho documento.

8. La presente definición puede incluir al cargador, al consignatario y a cualquier posible tenedor intermedio. Un agente de cualquiera de esas personas que obre en su propio nombre puede ser un tenedor. Cabe considerar si el apartado a) deberá exigir que un tenedor se halle en posesión "legítima" de un documento de transporte negociable. Ahora bien, la utilización del término "legítima" sin especificar lo que se entiende por posesión "legítima", podría fomentar la referencia al derecho nacional, lo que sería perjudicial para la uniformidad. Especificando lo que se entiende por posesión "legítima" se ampliaría mucho el ámbito del proyecto de instrumento. Sea como fuere, el apartado b) i) disipa en gran parte la preocupación que plantean los documentos a la orden. En cuanto a los documentos al portador, se estimaba que en la práctica no se planteaba ningún problema del que hubiera que ocuparse en el texto. Si se plantea un problema en la práctica, no tendría que ver con los documentos al portador que puedan caer en manos de un delincuente (problema para el cual existen otros recursos) si no de documentos en manos de un comprador

de buena fe que haga una demanda a través de un delincuente. Se estimó que un comprador de buena fe merecía protección, y que los que decidieran utilizar documentos al portador debían percatarse de los riesgos que corrían.

9. Se estimó que el párrafo b) iii) abarcaba adecuadamente no solamente los sistema basados en registros sino también los sistemas que utilizaban el formato PDF (Mecanismo de Preparación de Proyectos) junto con otras tecnologías, los sistemas que dan acceso a la base de datos del porteador mediante la utilización de una contraseña u otro arreglo de seguridad, y otros sistemas.

10. Las palabras que van entre corchetes se consideran como alternativas entre las cuales hay que elegir a la luz de la evolución de la situación. Puede que "acceso" tenga una connotación demasiado técnica y que "control" tenga una connotación demasiado jurídica.

1.13 Por "documento electrónico negociable" se entiende todo documento electrónico:

i) que dé a conocer, mediante indicaciones como "a la orden" o "negociable", o mediante cualquier otra indicación apropiada reconocida como surtiendo el mismo efecto con arreglo al derecho por el que se rija el documento, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del consignatario, y que dicho documento no ha sido explícitamente declarado documento "no negociable", y

ii) que está sujeto a normas reglamentarias como las que se mencionan en el artículo 2.4, que incluyen disposiciones adecuadas en relación con la transferencia de ese documento a otro tenedor y la manera en que el tenedor de dicho documento puede demostrar que es efectivamente el tenedor.

11. Las palabras "como las que se mencionan" se utilizan para que las partes puedan incorporar sencillamente por referencia una compilación de normas aplicables a sus sistemas, si los hubiere, sin tener que incluir el texto íntegro de los procedimientos aplicables.

1.14 Por "documento de transporte negociable" se entiende un documento de transporte que indica, mediante la utilización de palabras como "a la orden" o "negociable" u otros términos apropiados que se estima tienen el mismo efecto respecto de la legislación que rige el documento, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador, a la orden del consignatario, o al portador, y que no se ha indicado explícitamente que sean "no negociables" o que "no son negociables".

12. La finalidad de esta definición consiste en dar indicaciones para identificar un documento de transporte negociable mediante la simple lectura de su primera página. Otras indicaciones figuran ya en la definición de "documento de transporte" del artículo 1.20 que va más adelante. Las normas para la entrega en virtud de dicho documento figuran en el artículo 10.3.2. Las normas para la transferencia de dicho documento figuran en el artículo 12.1. En ambos casos las normas se basan en la definición de "tenedor" que figura en el artículo 1.12.

13. La utilización de la palabra "negociable" ha suscitado muchas discusiones y no cabe la menor duda de que en algunos países la utilización de la palabra no es técnicamente correcta cuando se refiere a un conocimiento de embarque. Se puede

pensar que la utilización de la palabra "transferible" sería más neutral. El proyecto de instrumento utiliza la palabra "negociable" basándose en que, aunque inexacta en algunos regímenes jurídicos, en el plano internacional se entiende perfectamente lo que quiere decir (como demuestra la utilización de las palabras "no negociable" en el artículo VI de las Reglas de La Haya), y que un cambio de nomenclatura podría suscitar la impresión de que se quiere modificar el fondo.

> 1.15 Por documento electrónico no negociable se entiende un documento electrónico que no se puede considerar como documento electrónico negociable.
>
> 1.16 Por "documento de transporte no negociable" se entiende un documento de transporte que no se puede considerar como documento de transporte negociable.
>
> 1.17 Por "parte ejecutante" se entiende una persona que no sea el porteador, que ejecuta físicamente [o deja de ejecutar total o parcialmente] alguna de las responsabilidades del porteador en virtud de un contrato de transporte por lo que se refiere al transporte, la manipulación, la custodia, o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúa, directa o indirectamente, por petición del porteador o bajo la supervisión o el control del porteador, independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte, o esté identificada en él o tenga responsabilidad jurídica en virtud de él. La expresión "parte ejecutante" no incluye a una persona que haya sido contratada por un cargador o un consignatario, o que sea empleada, agente, contratista o subcontratista de una persona (que no sea el porteador) que haya sido contratada por un cargador o un consignatario.

14. Hay muchas y muy diversas opiniones acerca de la definición de "parte ejecutante". A un extremo de la gama están los que son partidarios de incluir a las partes que ejecutan cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud de un contrato de transporte, si dicha parte está trabajando directa o indirectamente para el porteador. Se estima que semejante definición amplia incluiría en el ámbito del proyecto de instrumento a las personas que podrían plausiblemente ser parte demandada en una acción de lesión civil u otra acción no contractual en caso de pérdida o daño del cargamento. De esta manera se conseguiría una mayor uniformidad pues se reduciría el número de acciones que se pueden incoar al margen del instrumento. Semejante definición amplia se podría redactar comenzando la primera frase con un texto como el siguiente: "Una persona que ejecuta, se compromete a ejecutar, o procura que se ejecuten algunas de las responsabilidades del porteador contratante en virtud de un contrato de transporte, en la medida en que ….".

15. Al otro extremo de la gama, algunos preferirían que se eliminara por completo la definición de "parte ejecutante". En su opinión, esta definición es innecesaria porque la "parte ejecutante" definida no tendría importancia alguna en las normas fundamentales del proyecto de instrumento. Se alega que el proyecto de instrumento debe regular únicamente las relaciones entre el cargador y el porteador, y que no tiene que regular las relaciones entre el cargador y los que hayan sido contratados directa o indirectamente por el porteador.

16. Entre los mencionados puntos de vista que reflejan los dos extremos de la gama de opiniones, hay sitio para toda clase de posiciones intermedias. Las dos

opiniones que más a menudo se han mencionado en los debates son la definición relativamente restrictiva representada por el texto actual y una definición relativamente inclusiva que podría redactarse con el siguiente texto al principio de la primera frase: "Una persona que no sea el porteador, que ejecuta o se compromete a ejecutar cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud de un contrato de transporte por lo que se refiere al transporte, la manipulación, la custodia, o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que …".

17. Cada una de esas dos posiciones intermedias limitan la definición de "parte ejecutante" a los que están involucrados en las responsabilidades esenciales del porteador: el transporte, la manipulación, la custodia, o el almacenamiento de las mercancías. O sea que los porteadores marítimos, los porteadores por vía de navegación interior, y los estibadores y desestibadores, así como los operadores de terminales, por ejemplo, quedarían incluidos en cualquiera de las dos definiciones de "parte ejecutante". En cambio, una compañía de seguridad que vigila un almacén de contenedores, un intermediario que sea responsable únicamente de la preparación de documentos en nombre del porteador, y un astillero que repare un buque (para que recupere su navegabilidad) en nombre del porteador no quedarían comprendidos en ninguna de las dos definiciones.

18. La diferencia entre estas dos definiciones estriba en el trato que se da a los contratistas intermedios. Un ejemplo hipotético pero fundamental puede ilustrar claramente la distinción. Si, por ejemplo, un porteador que no tiene barcos mercantes concierta un contrato para transportar mercancías de un puerto de un país (Rotterdam, por ejemplo) a una ciudad del interior de otro país (Ottawa, por ejemplo) entonces puede ser considerado como el "porteador". Ahora bien, supongamos que dicho porteador concierta un contrato de transporte con un porteador marítimo para llevar las mercancías desde Rotterdam hasta un puerto canadiense y que desde allí haya contratado a una empresa de transporte por carretera para el transporte por el interior del país. Si el porteador marítimo organiza el transporte de las mercancías en un buque que pertenezca a otro porteador marítimo cuyos servicios se han arrendado temporalmente al porteador marítimo mencionado en primer lugar, y si ese buque ha sido cargado y descargado por estibadores independientes, entonces los dos porteadores marítimos y las dos compañías de estibadores y desestibadores son partes ejecutantes si se trata de la definición relativamente inclusiva, pero solamente el segundo porteador marítimo y los estibadores serían parte ejecutantes si se trata de la definición relativamente restrictiva que se enuncia en el texto actual. Aunque el primer porteador marítimo se "compromete a ejecutar" el transporte por mar, no puede decirse que ejecute "físicamente" dicho transporte. De modo análogo, si la compañía de transporte por carretera subcontrata con un chófer independiente que posee su propio camión para transportar las mercancías desde el puerto canadiense hasta Ottawa, tanto la compañía de transporte por carretera como el chófer propietario del camión serán partes ejecutantes en el caso de la definición relativamente inclusiva, pero solamente el chófer y propietario del camión será una parte ejecutante en el marco de la definición relativamente restrictiva. Aunque la compañía de transporte por carretera se "compromete a ejecutar" el transporte por el interior del país, lo cierto es que no ejecuta "físicamente" dicho transporte.

19. Todas las posibilidades que se estudian en el presente texto asumen una definición funcional, según que una persona ejecute algunas de las funciones de

porteador en virtud del contrato de transporte, dejando al margen todas las formalidades contractuales. Con arreglo a la definición relativamente restrictiva representada por el texto actual, entre el porteador y una parte ejecutante pueden concertarse varios contratos separados. En virtud de la definición relativamente inclusiva, la categoría de "partes ejecutantes" incluiría no solamente a los subcontratistas inmediatos del porteador sino también a toda la línea de personas subsidiarias que ejecutan el contrato (por ejemplo, los subcontratistas del subcontratista, los subcontratistas de esa parte, y así sucesivamente hasta llegar a la parte que ejecuta físicamente las obligaciones del porteador).

20. La segunda frase de la definición aclara que las "partes ejecutantes" son solamente las que trabajan directa o indirectamente para el porteador contratante. Si el consignador o el consignatario tiene un empleado o agente que realiza una tarea que de lo contrario sería responsabilidad del porteador en virtud del contrato de transporte, dicha persona o agente no se convertiría en "parte ejecutante".

21. La frase "o deja de ejecutar total o parcialmente" va entre corchetes, pues el Grupo de Trabajo quizá decida que no es necesaria. En cambio puede alegarse que una persona no realiza una tarea que tenía la obligación de llevar a cabo está cubierta ya por la frase "una persona…. que ejecuta físicamente". A la inversa, cabe alegar que una persona que deja de ejecutar una tarea no "ejecuta físicamente", y cabe aducir que el texto que va entre corchetes es necesario para conseguir que se trate a una persona de "parte ejecutante" si ejecuta sus tareas perfectamente, o si las ejecuta mal, o si no las ejecuta en absoluto.

1.18 Por "derecho de control" se entiende el significado que se da a esta expresión en el artículo 11.1.

1.19 Por "cargador" se entiende una persona que concierta un contrato de transporte con un porteador.

22. Esta definición refleja la definición de "porteador". El cargador es una persona contractual que puede haber concertado el contrato en su propio nombre o en nombre de su propia persona o por conducto de un empleado o agente que obre en su propio nombre o en nombre de su propia persona. Un cargador ejecutará normalmente todas sus funciones por conducto de esas personas. El cargador puede ser la misma persona que el consignatario, como sucede en muchos casos de venta "FOB" ("franco a bordo"). Véase también el comentario al artículo 7.7.

1.20 Por "documento de transporte"se entiende un documento emitido con arreglo a un contrato de transporte por un porteador o por una parte ejecutante que:

a) Prueba que un porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; o

b) Sea prueba de un contrato de transporte o lo contenga;

o una y otra cosa.

23. Esta definición debe leerse como factor preliminar de las definiciones de "documento de transporte negociable" y de "documento de transporte no negociable" de los artículos 1.14 y 1.16. El apartado a) incluiría un conocimiento de embarque expedido a un fletador y que esté todavía en su posesión, lo que no es prueba de que exista un contrato de transporte ni lo contiene, pero funciona

solamente como recibo, y algunos tipos de recibos emitidos antes del transporte o durante el transbordo. El apartado b) incluiría un conocimiento de embarque cuando funcione como tal, y una hoja de ruta.

2. COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA

2.1 Todo lo que figure o esté contenido en un documento de transporte emitido en virtud del presente instrumento se podrá archivar o comunicar mediante la utilización de comunicaciones electrónicas en vez de por medio del documento de transporte, siempre que la emisión y subsiguiente utilización de un documento electrónico se haga con el consentimiento explícito o implícito del porteador y del cargador.

24. Esta disposición enuncia el principio general de la equivalencia entre la comunicación electrónica y la comunicación en papel a efectos del presente proyecto de instrumento. Además, destaca que lo más importante es que las partes estén de acuerdo en comunicar electrónicamente.

25. Se estima que no es necesario mencionar también al tenedor subsiguiente. Al aceptar la transferencia de un documento electrónico, un tenedor conviene en utilizar procedimientos electrónicos; de lo contrario no podría pasar a ser tenedor.

2.2.1 Si se ha expedido un documento de transporte negociable y el porteador y el tenedor acuerdan sustituirlo por un documento electrónico negociable:

a) El tenedor deberá devolver el documento de transporte negociable, o todos esos documentos si se ha expedido más de uno, al porteador; y

b) El porteador expedirá al tenedor un documento electrónico negociable que incluya una declaración en el sentido de que se ha expedido para sustituir al documento de transporte negociable;

con lo cual el documento de transporte negociable deja de tener todo efecto o toda validez.

2.2.2 Si se ha expedido un documento electrónico negociable y el porteador y el tenedor convienen en reemplazarlo por un documento de transporte negociable:

a) El porteador expedirá al tenedor, para sustituir a dicho documento electrónico, un documento de transporte negociable que incluya una declaración en el sentido de que se expide para sustituir al documento electrónico; y

b) Una vez efectuada la sustitución, el documento electrónico dejará de tener todo efecto o toda validez.

26. Se supone que durante un determinado período de tiempo se necesitará una disposición que trate de la sustitución de un documento en papel por su equivalente electrónico o viceversa. El presente artículo enuncia una regla de sustitución y dispone que en caso de dicha sustitución, no podrá haber en circulación ningún documento concurrente.

2.3 Las notificaciones y la confirmación que se mencionan en los artículos 6.9.1, 6.9.2, 6.9.3, 8.2.1 b) y c), 10.2 y 10.4.2, la declaración que se formula en el artículo 14.3 y el acuerdo en materia de peso que se menciona en el artículo 8.3.1 c) pueden hacerse por medio de comunicaciones electrónicas, siempre que la utilización de dichos medios se haga con el consentimiento explícito o implícito de la parte que efectúa la comunicación y de la parte a la que se dirige la comunicación. De lo contrario, tendría que hacerse por escrito.

27. El presente artículo dispone que todas las comunicaciones de que trata concretamente el presente proyecto de instrumento se pueden hacer por medios electrónicos si las partes que intervienen en la comunicación lo acuerdan.

2.4 La utilización de un documento electrónico negociable está sometida a las reglas convenidas entre el porteador y el cargador o el tenedor mencionado en el artículo 2.2.1. Se deberá hacer referencia a las reglas apropiadas en los datos del contrato y se incluirán disposiciones adecuadas referentes a:

a) La transferencia de dicho documento a otro tenedor,

b) La forma en que el tenedor de dicho documento podrá demostrar que es dicho tenedor, y

c) La forma en que se da la confirmación de que:

i) se ha efectuado la entrega al consignatario; o

ii) de conformidad con los artículos 2.2.2 o 10.3.2 i) b), el documento electrónico negociable ha dejado de tener todo efecto o toda validez.

28. Para poder conseguir la equivalencia entre un documento negociable en papel y un documento negociable electrónico, las normas convenidas que rigen la utilización de dicho documento deberán incluir disposiciones referentes a las funciones típicas de “documento de título” del mencionado documento. En el apartado a) se especifica que las reglas tienen que prever los “endosos electrónicos” y en el párrafo b), que tienen que disponer la equivalencia electrónica de la función de identificación de un documento de título en papel. (Véase también la definición de “tenedor” en el artículo 1.13). En el apartado c) se dispone que la forma en que se confirma que un documento no tiene ya efecto ni validez ha de estar indicada también en las reglas convenidas.

29. Las palabras “Se deberá hacer referencia a” de la presente disposición brindan a las partes la posibilidad de incorporar sencillamente por referencia las reglas convenidas aplicables a sus sistemas en vez de tener que incluir el texto íntegro de los procedimientos aplicados.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

3.1 A reserva de lo dispuesto en el artículo 3.3.1, las disposiciones del presente instrumento se aplican a todos los contratos de transporte en los cuales el lugar de recepción y el lugar de entrega se hallan en diferentes Estados si

a) El lugar de recepción [o puerto de carga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante; o

b) El lugar de entrega [o puerto de descarga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante; o

c) [El lugar en que realmente se hace la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y está situado en un Estado Contratante; o]

d) [El contrato de transporte se celebra en un Estado Contratante o los datos del contrato indican que el documento de transporte o el documento electrónico ha sido expedido en un Estado Contratante; o]

e) El contrato de transporte dispone que las disposiciones del presente documento, o la legislación de cualquier Estado que les dé efecto, prevalecen sobre el contenido del contrato.

30. Hasta ahora la aplicación de las convenciones del transporte estaba vinculada a la emisión de un tipo determinado de documentos de transporte, como por ejemplo un conocimiento de embarque. Con el tiempo, los conocimientos de embarque se han visto reemplazados con frecuencia cada vez mayor por otros documentos, a menudo no negociables. Además, con el incremento del comercio electrónico cabe prever que los documentos tradicionales, y quizá incluso los documentos electrónicos según se definen en el presente proyecto de instrumento, serán también cada vez menos apropiados. El ámbito de aplicación del presente proyecto de instrumento, por lo tanto, ha sido definido sin referencia a la necesidad de que haya o no haya que expedir un documento de transporte (del tipo que sea).

31. Las opiniones discrepan acerca de si el puerto de embarque debe incluirse en el apartado a) como lugar que entraña la aplicación del proyecto de instrumento. En el caso de los transportes puerto a puerto, se conviene en que el puerto de embarque debe entrañar la aplicación del proyecto de instrumento, pero el puerto de embarque está ya incluido como lugar de recepción. En el caso de los transportes de puerta a puerta, cuando el puerto de embarque y el lugar de recepción se hallan en el mismo Estado, también será necesario mencionarlos a los dos. En el caso de los transportes de puerta a puerta, cuando el puerto del embarque y el lugar de recepción se hallen en Estados diferentes, se ha alegado que la identidad del puerto de embarque es un factor esencialmente aleatorio que no tiene necesariamente ninguna conexión con la aplicación general (por lo que se refiere al transporte puerta a puerta) del contrato, y que por lo tanto no debería figurar en el apartado a). Sin embargo, también se podría alegar que la identidad del puerto de embarque no es un factor aleatorio cuando está “especificada en el contrato de transporte o en los datos del contrato”. Por el contrario, la identidad del puerto de embarque es un aspecto esencial de un contrato predominantemente marítimo y debe figurar en una convención predominantemente marítima. Además, la inclusión del puerto de embarque en el apartado a) ampliaría el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento y se traduciría en una mayor uniformidad.

32. El debate sobre el apartado b), en cuanto a si el puerto de descarga debe incluirse, refleja el debate sobre el apartado a) acerca de la inclusión del puerto de carga.

33. Hay discrepancias de opiniones sobre si debe incluirse el apartado c). Algunos alegan que cuando las mercancías fueran recibidas por el porteador no se sabría con seguridad si el proyecto de instrumento se aplicaba o no. También hay discrepancias de opiniones acerca de si debía incluirse el apartado d). El apartado d) puede suscitar cierta incertidumbre acerca de si se ha concertado el contrato de transporte o si se ha expedido el documento electrónico.

34. El apartado e) está en consonancia con las disposiciones del artículo X de las Reglas de La Haya-Visby, pero se ha expresado la preocupación de que el apartado e) pueda tener consecuencias imprevistas. Algunos temen que una parte en el contrato de fletamento, por ejemplo, pueda esgrimir una cláusula de elección de jurisdicción que pueda dar entrada al derecho de un país que haya ratificado el proyecto de instrumento, con el posible efecto de que la parte en el contrato de fletamento no sólo pudiera quedar subordinada al presente proyecto de instrumento sino que queden invalidadas determinadas cláusulas del contrato de fletamento por ser incompatibles con las disposiciones del proyecto de instrumento, a pesar de que las partes habían convenido expresamente en aceptar esos términos incompatibles. Se reconoce que semejante resultado sería inconveniente, pero se han manifestado dudas acerca de que dicho resultado sea probable en el marco del texto del apartado e).

35. También suscitó dudas la forma en que los tribunales aplicarían la referencia a “la legislación de cualquier Estado que les dé efecto” del apartado e) si un Estado ha promulgado una legislación nacional, basada en el proyecto de instrumento, que no se conformara totalmente a las disposiciones del proyecto de instrumento.

> 3.2 Las disposiciones del presente instrumento se aplicarán independientemente de la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario, o de cualquier otra parte interesada.

36. A fin de evitar toda duda, esta disposición enumera algunos factores que en caso contrario se hubieran podido estimar apropiados pero que, en vez de ello, se declara explícitamente que son inadecuados para determinar la aplicación del presente proyecto de instrumento.

> 3.3.1 Las disposiciones del presente instrumento no se aplican a los contratos de fletamento [contratos de flete, contratos de volumen, o acuerdos análogos].

37. La amplia aplicabilidad del presente proyecto de instrumento en virtud del artículo 3.1 implica la necesidad de efectuar determinadas excepciones. Algunos contratos pueden considerarse como “contratos de transporte” para los cuales no es necesario ni conveniente aplicar normas obligatorias. Además, algunas disposiciones del presente proyecto de instrumento pueden ser menos apropiadas para su aplicación a determinados contratos de transporte. Los contratos de fletamento, por ejemplo, han quedado excluidos del derecho preceptivo durante mucho tiempo. Hay amplio apoyo en favor de excluir de forma análoga a los contratos de flete, los contratos de volumen o capacidad, los contratos de remolque, y acuerdos similares, pero hay discrepancia de opiniones cuando se trata de resolver

si hay que definir la expresión “contratos de fletamento”, y si no convendría excluir también a otros contratos análogos.

38. Los esfuerzos en favor de definir los contratos de fletamento han suscitado discusiones durante largo tiempo. La falta de una definición en los convenios anteriores no ha provocado graves dificultades en la práctica, y algunos alegan que sería arriesgado buscar una definición en un momento en el que las prácticas comerciales están cambiando con gran rapidez. Otros estiman que una definición es necesaria porque la exclusión de los contratos de fletamento está revistiendo una importancia cada vez mayor en el proyecto de instrumento.

39. Si se llega a la conclusión de que es necesaria una definición, quizá fuera apropiado utilizar un texto como el siguiente: “contratos para [la utilización] [la preparación] [el suministro] de un buque, o de parte de un buque, a fin de emplearlo para el transporte de mercancías, por un plazo o para un viaje determinados, como por ejemplo un contrato de fletamento, o un fletamento de volumen o de espacio”. Los tres términos que van entre corchetes “[utilización] [preparación] [suministro]”, se entienden como alternativas. Debe elegirse una de las tres.

40. La cuestión de la exclusión de otros contratos análogos sigue sin resolverse. Aunque hay apoyo general en favor de la propuesta de que algunos contratos análogos a los contratos de fletamento reciban el mismo trato que ellos, sigue estando poco claro hasta dónde debe llegar la exclusión. Los contratos de remolque se mencionaron por vez primera en una fase bastante tardía del proceso de consulta, y por eso sólo se mencionan aquí en el comentario y no en el proyecto de texto.

41. Una sugerencia consiste en ampliar el tratamiento de los contratos de fletamento a los equivalentes modernos del contrato de fletamento, como por ejemplo, el fletamento de volumen y el fletamento de espacio, reconociendo al mismo tiempo una especie diferente de libertad de contrato para los contratos negociados entre partes sofisticadas que se asemejan menos a las partes tradicionales en un contrato de fletamento, como por ejemplo los contratos de flete y los contratos de volumen. Se ha sugerido también que los contratos de fletamento y los contratos de volumen deben estar subordinados al proyecto de instrumento como normas de reserva, pero que las partes en dichos contratos deberían tener la libertad de actuar en derogación de los términos del proyecto de instrumento. Ahora bien, esas derogaciones sólo serían vinculantes para las partes inmediatas en el contrato. Los documentos de transporte expedidos en virtud de esos contratos seguirían teniendo que cumplir los términos del presente proyecto de instrumento cuando se transfieran a un tercero que no esté obligado por el acuerdo original de las partes.

42. Si se llega finalmente a la conclusión de que una definición de esos términos adicionales es necesaria, quizá pudiera utilizarse un texto parecido al siguiente: “Un contrato de volumen es un contrato escrito entre uno o más cargadores y uno o más porteadores en el que el cargador o los cargadores convienen en proporcionar un volumen determinado o una parte del cargamento a lo largo de un plazo fijo de tiempo y el porteador o los porteadores convienen en una determinada tasa de flete o un determinado plan de flete y un determinado nivel de servicio. Un contrato de remolque es un contrato para remolcar o empujar objetos flotantes, y puede ser para un plazo de tiempo o para uno o más viajes”.

43. Algunos estiman que sería útil destacar que en los casos en los que el proyecto de instrumento no se aplique como texto legislativo, las partes tendrían la posibilidad de incorporar los términos del proyecto de instrumento en su acuerdo como texto contractual. Esta incorporación contractual se podría efectuar por entero (incorporando la totalidad del proyecto de instrumento) o en parte (incorporando determinadas disposiciones del proyecto de instrumento).

> 3.3.2 A pesar de lo dispuesto en el artículo 3.3.1, si un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable se expide de conformidad con un contrato de fletamento [contrato de flete, contrato de volumen, o acuerdo análogo], entonces las disposiciones del presente instrumento se aplicarán al contrato probado por dicho documento o dicho documento electrónico o contenido en él, a partir del momento y en la medida en que el documento o el documento electrónico rijan las relaciones entre el porteador y un tenedor que no sea el fletador.

44. Que el texto entre corchetes se incluya o no en esta disposición, dependerá hasta cierto punto de que un texto análogo entre corchetes se incluya o no se incluya en el artículo 3.3.1. Si se incluye el texto entre corchetes, entonces la referencia al "fletador" al final del artículo tendrá que redactarse de nuevo. La inclusión de los contratos de volumen en esta disposición quizá haga innecesario el artículo 3.4.

> 3.4 Si un contrato prevé el transporte futuro de mercancías en una serie sucesiva de remesas, las disposiciones del presente instrumento se aplicarán a cada una de esas remesas en la medida en que así se especifique en los artículos 3.1, 3.2, y 3.3.

45. Quizá haya que revisar o suprimir esta disposición a la luz de la solución de la cuestión que se examina en el comentario acerca del artículo 3.3.1.

4. PERÍODO DE RESPONSABILIDAD

> 4.1.1 A reserva de lo dispuesto en el artículo 4.3, la responsabilidad del porteador respecto de las mercancías en el marco del presente instrumento abarca el plazo que va desde el momento en que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías para su transporte hasta el momento en que las mercancías se entregan al consignatario.
>
> 4.1.2 El momento y el lugar de la recepción de las mercancías serán el momento y el lugar convenidos en el contrato de transporte o, de no haber ninguna disposición concreta referente a la recepción de las mercancías en dicho contrato, el momento y el lugar que corresponda según las costumbres, las prácticas, o las usanzas comerciales. En ausencia de alguna de dichas disposiciones en el contrato de transporte o de dichas costumbres, prácticas o usanzas, el momento y el lugar de recepción de las mercancías será cuándo y dónde el porteador o una parte ejecutante asume realmente la custodia de las mercancías.

46. Debido a las consecuencias jurídicas de la cuestión, se considera importante que el principio y el final del período de responsabilidad del porteador se especifiquen con la mayor precisión.

47. La disposición subraya que la recepción es principalmente una cuestión contractual. Por ejemplo: si se conviene en que el porteador recibirá un cargamento de aceite "cuando pase la borda del buque", entonces la responsabilidad del porteador respecto del aceite comienza en dicho lugar y en dicho momento. Naturalmente, a menudo el lugar y el momento convenidos para la entrega de las mercancías al contratista y para el comienzo de su custodia coincidirán, pero también pueden ser diferentes, en cuyo caso prevalecerá el lugar y momento convenidos. Cuando no exista un acuerdo explícito o implícito acerca del lugar y el momento de la recepción, pero haya costumbres, prácticas o usanzas comerciales, incluidas las del lugar de recepción, entonces se aplicarán dichas costumbres, prácticas o usanzas. En caso de no haber acuerdo y de no haber costumbres, prácticas o usanzas aplicables, se recurrirá a una disposición general de reserva. En dicho caso se considerará que el momento y lugar pertinentes de la recepción serán cuando el porteador tome bajo su custodia las mercancías.

4.1.3 El momento y el lugar de entrega de las mercancías es el momento y lugar convenidos en el contrato de transporte o, de no haber ninguna disposición concreta referente a la entrega de las mercancías en dicho contrato, el momento y el lugar que corresponda según las costumbres, las prácticas o las usanzas comerciales. En ausencia de una disposición específica en tal sentido en el contrato de transporte o de dichas costumbres, prácticas o usanzas, el momento y el lugar de la entrega es el momento y el lugar de la descarga de las mercancías desde el último buque o vehículo en que se transportaban con arreglo al contrato de transporte.

48. Combinadas, las disposiciones de los artículos 4.1.2 y 4.1.3 velan por que cuando se convenga en un transporte "de borda a borda" (como sucede a menudo cuando se trata de carga a granel), la responsabilidad del porteador no vaya más allá de la borda de su buque.

4.1.4 Si se exige del porteador que entregue las mercancías en el lugar de entrega a una autoridad o a un tercero al que, con arreglo a la legislación o a un reglamento aplicable en el lugar de entrega, las mercancías han de entregarse y del cual el consignatario puede recogerlas, entonces ese tipo de entrega será considerado como una entrega de las mercancías por el porteador al consignatario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1.3.

[4.2.1 Transporte que preceda al transporte por mar o sea subsiguiente a él

Cuando surja una reclamación o una controversia por pérdida o daño de las mercancías o por retraso que haya ocurrido únicamente durante uno de los períodos que se fijan a continuación:

a) Desde el momento de la recepción de las mercancías por el porteador o una parte ejecutante hasta el momento en que se cargan en el buque;

b) Desde el momento en que se descargan del buque hasta el momento en que se entregan al consignatario;

y en el momento en que ocurran dicha pérdida, dichos daños o dicho retraso, hay disposiciones de una convención internacional que:

i) según sus propios términos se aplican a la totalidad o a una parte de las actividades del porteador con arreglo al contrato de transporte durante dicho período, [independientemente de que se necesite la emisión de un documento particular a fin de que dicha convención internacional pueda ser aplicable], y

ii) enuncian disposiciones concretas para la responsabilidad o la limitación de la responsabilidad del porteador o el plazo para incoar una demanda, y

iii) de las que no se pueda desviar el contrato privado en absoluto o en detrimento del cargador,

dichas disposiciones, en la medida en que sean obligatorias según se indica en el anterior inciso iii), prevalecerán sobre las disposiciones del presente instrumento].

[4.2.2 El artículo 4.2.1 se aplica independientemente de la legislación nacional que de lo contrario sería aplicable al contrato de transporte.]

49. La gran mayoría de los contratos de transporte por mar incluyen el transporte por tierra, tanto si tiene lugar antes del transporte por mar como si tiene lugar después de dicho transporte por mar, o en ambos casos. Por lo tanto es necesario tener en cuenta la relación entre el presente proyecto de instrumento y las convenciones que regulan el transporte por el interior del país o de los países que puedan aplicar algunos países (particularmente europeos). El presente artículo trata de ese problema y prevé la existencia de un sistema interconectado, pero lo menos posible. El proyecto de instrumento sólo pierde su autoridad cuando una convención cuyas disposiciones sean preceptivas para el transporte interior sea aplicable a la etapa terrestre del itinerario de un contrato de transporte marítimo, y cuando sea evidente que la pérdida o el daño de que se trate ocurrió únicamente durante el transporte interior. Esto significa que cuando el daño ocurrió durante más de una parte del transporte, o cuando no se pueda probar dónde ocurrió el daño o la pérdida, las disposiciones del presente instrumento prevalecerán durante todo el período de tránsito de puerta a puerta.

50. El proyecto de instrumento deja la posibilidad de que los países que lo suscriban lo excluyan total o parcialmente del contexto de transporte interior mediante el reconocimiento del carácter preceptivo de cualquier convención internacional futura, tanto por lo que se refiere a un modo particular de transporte interior como por lo que se refiere a la etapa interior de cualquier contrato de transporte marítimo que incluya dicho tipo de transporte. Cabe alegar también que las disposiciones del derecho nacional de un Estado Contratante referentes al transporte interior deberían prevalecer sobre las disposiciones correspondientes del presente proyecto de instrumento, pero en tal caso se restringiría aún más la aplicabilidad uniforme del proyecto de instrumento.

51. La esencia de ese sistema interconectado es que las disposiciones que sean preceptivamente aplicables al transporte interior se aplican directamente a la relación contractual entre el porteador, por una parte, y el cargador o el consignatario, por otra. Si el transporte interior ha sido subcontratado por el porteador, entonces se aplican también a la relación entre el porteador y el subporteador. Ahora bien, por lo que se refiere a la relación mencionada en primer

lugar, las disposiciones del presente proyecto de instrumento pueden suplementar las disposiciones preceptivamente aplicables al transporte interior; mientras que entre el porteador y el subporteador las únicas disposiciones pertinentes son las del transporte interior (suplementadas en caso necesario por cualquier legislación nacional que sea aplicable). Si una reclamación referente al cargamento es dirigida por un tercero en contra de una parte ejecutante en virtud de las disposiciones del artículo 6.3.1, esa parte es responsable ante la parte que reclama de la misma forma que ante el porteador, es decir, en virtud de las disposiciones del presente proyecto de instrumento, a reserva de las disposiciones preceptivas que rijan durante la etapa terrestre del transporte.

52. Debe tenerse en cuenta también que el sistema interconectado limitado que se propone se aplica solamente a las disposiciones directamente relacionadas con la responsabilidad del porteador, incluida la limitación y el plazo para incoar una acción. Las disposiciones de otras convenciones que puedan afectar indirectamente a la responsabilidad, como por ejemplo las disposiciones sobre jurisdicción, no deben quedar afectadas. Otras muchas disposiciones jurídicas que son aplicables preceptivamente al transporte interior seguirán en vigor y no quedarán sustituidas por el presente proyecto de instrumento porque tratan específicamente del transporte interior más bien que de un contrato que entrañe el transporte por mar. Se pueden dar dos ejemplos: el primero son los requisitos del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), de 1956, relativos a la nota de consignación. Esos requisitos pueden ser de aplicación entre el transportista y el subtransportista, pero su aplicación al contrato principal de transporte regulado por el presente proyecto de instrumento sería incompatible con el documento (o documento electrónico) que el presente proyecto de instrumento exige para todo el viaje. El segundo ejemplo lo constituyen las disposiciones del Convenio CMR relativas al derecho de dar instrucciones al transportista (artículos 12 a 14). También en este caso dichas disposiciones sólo se pueden aplicar a la relación entre el transportista y el subtransportista (relación en la que el transportista es el “remitente”): por lo que se refiere al contrato principal de transporte, hay que aplicar necesariamente lo dispuesto en el capítulo XI del presente proyecto de instrumento.

53. Para que pueda aplicarse el sistema interconectado limitado, es preciso que los daños hayan ocurrido durante la fase anterior al transporte o durante el transporte propiamente dicho. A ese respecto se puede elegir entre el lugar donde ha sido causado el daño, el lugar en el que ha ocurrido y el lugar en el que se ha descubierto. Generalmente el daño se descubre después de la entrega y, por lo tanto, el resultado de la elección no sería aceptable. El lugar en el que se ha originado el daño puede corresponder a un momento anterior al principio del viaje, por ejemplo, en el caso de los daños causados por el cargador que ha estibado mal el cargamento en un contenedor. La objeción más grave contra el criterio del lugar en el que se ha causado el daño es que la cuestión del debido origen del daño según el derecho aplicable ha de quedar resuelta antes de que se pueda determinar si las disposiciones del presente proyecto de documento son aplicables o si hay que aplicar las disposiciones de otra convención. El lugar en el que ha ocurrido un daño es una cuestión puramente fáctica, que por lo general es relativamente fácil de determinar y que cabe esperar que dé resultados aceptables. Por lo tanto, se sugiere que el lugar en que ha ocurrido el daño constituya la alternativa de elección adecuada dentro del marco del sistema interconectado, y el artículo 4.2.1 así lo dispone.

54. Se tiene la intención de que el artículo 4.2.2 haga preceptivo al artículo 4.2.1 independientemente del derecho que rija el contrato de transporte (como en el caso del artículo 7.2 del Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales). Como ejemplo se puede tomar el caso de un contrato de transporte de Singapur a Amberes (Bélgica) en virtud del cual las mercancías han de pasar por un puerto neerlandés de descarga, Rotterdam, y son transportadas a continuación por tierra. El contrato se rige por el derecho de Singapur, tanto si lo es por elección expresa de las partes como si lo es por la acción de otros principios del conflicto de leyes. Ante un tribunal de un país que se haya adherido al presente proyecto de instrumento, el derecho de Singapur quedará preterido en la medida en que las disposiciones preceptivas de una convención internacional que regule el transporte por carretera, y que dicho país haya adoptado también, sean aplicables a la etapa interior del viaje.

55. El texto que va entre corchetes en el artículo 4.2.1 i) refleja la situación que prevalece con arreglo al Convenio Internacional relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF) de 1980, según el cual la aplicabilidad del Convenio depende de que se haya expedido un conocimiento de embarque ferroviario.

4.3 Contratos combinados de transporte y tránsito

4.3.1 Las partes pueden acordar explícitamente en el contrato de transporte que, respecto de uno o más segmentos especificados del transporte de las mercancías, el porteador, actuando en calidad de agente, organice el transporte por otro u otros porteadores.

4.3.2 En tal caso, el porteador obrará con la debida diligencia al seleccionar al otro porteador, y deberá concertar un contrato con ese otro porteador en las condiciones habituales y normales, haciendo todo lo que sea razonablemente necesario para que el otro porteador pueda desempeñar debidamente su función con arreglo a su contrato.

56. Éste es el primero de varios artículos en los que se dispone que las partes pueden “acordar explícitamente” determinadas cuestiones. Esos términos implican algo diferente de una cláusula preimpresa sobre los términos y condiciones habituales que va escrita en caracteres pequeños al dorso de un documento de transporte (o de su equivalente electrónico). Es, más bien, una indicación de que la cuestión ha sido objeto de examen por las partes y de que cada parte ha dado realmente su acuerdo. Por lo menos, un término que haya sido “acordado explícitamente” (tanto en el caso del presente artículo como en el caso de otros artículos en los que se utiliza la misma expresión”) debe figurar por separado en el documento de transporte o en el documento electrónico. Por ejemplo, la declaración de un valor superior a fin de evitar las limitaciones generales de las convenciones vigentes se suele indicar en una casilla separada, en el anverso del conocimiento de embarque. Convendría hacer lo mismo en el presente contexto.

57. Esos contratos combinados son un rasgo común de los transportes efectuados siguiendo la ruta de los buques de servicio regular. Ahora bien, su carácter jurídico no siempre se entiende fácilmente y en la práctica pueden crear incertidumbres en muchos casos. Pueden hacer referencia a los arreglos de “transporte conectado”. Esos arreglos son aplicables cuando un porteador sólo puede transportar el cargamento durante una parte del itinerario en un buque que esté bajo su propio

control, y ha convenido con el cargador en ocuparse de que el resto del cargamento sea transportado por otro u otros porteadores con el cual o con los cuales haya arreglado la operación. A veces el porteador de conexión puede ser un porteador que se dedica al transporte interior.

58. El artículo 4.3.1 tiene por finalidad dejar bien sentado que este tipo de contrato es perfectamente legítimo. Si se ha expedido un documento de transporte o un documento electrónico, el carácter de transporte combinado tiene que reflejarse en dicho documento electrónico o documento de transporte, a fin de proteger a los terceros que se fían del contenido de dichos documentos. El artículo 4.3.2 enuncia algunas obligaciones fundamentales del porteador cuando está obrando en su calidad de agente, y su finalidad es proteger al cargador o al consignatario o a ambos.

5. OBLIGACIONES DEL PORTEADOR

5.1 A reserva de las disposiciones del presente instrumento y de conformidad con los términos del contrato de transporte, el porteador transportará las mercancías hasta el lugar de destino y se las entregará al consignatario.

59. Esta disposición enuncia las obligaciones fundamentales del porteador. La referencia a las disposiciones del presente instrumento es para indicar que no solamente están en juego los términos del contrato.

5.2.1 El porteador, durante el plazo que dure su responsabilidad según se define en el artículo 4.1 y a reserva del artículo 4.2, cargará, manipulará, almacenará, transportará, custodiará, y velará por las mercancías y las descargará debida y cuidadosamente.

5.2.2 Las partes pueden convenir en que algunas de las funciones mencionadas en el artículo 5.2.1 sean efectuadas por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en su nombre. Este acuerdo debe mencionarse entre los datos del contrato.

5.3 A pesar de lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4, el porteador puede negarse a descargar, o puede descargar, destruir o hacer inofensivas las mercancías o adoptar cualquier otra medida que sea razonable si las mercancías son un peligro, o cabe considerar razonablemente que durante el plazo de su responsabilidad pueden convertirse en un peligro, para las personas o los bienes o pueden plantear un peligro criminal o inaceptable para el medio ambiente.

5.4 El porteador tiene que actuar con la debida diligencia antes del viaje y al principio del viaje por mar [y después de él] a fin de:

a) Velar por la navegabilidad del buque [y mantenerla];

b) Dotar debidamente al buque de tripulación, equipo y pertrechos;

c) Hacer que las cubiertas y todos los demás lugares del buque en el que se transporten las mercancías, incluidos los contenedores cuando los suministre el porteador, en los cuales o sobre los cuales se transportarán las

mercancías, sean apropiados y seguros para su recepción, transporte y conservación.

5.5 A pesar de lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4, el porteador en caso de transporte por mar [o por vías de navegación interior] podrá sacrificar mercancías cuando el sacrificio se haga razonablemente para proteger la seguridad común o a efectos de preservar otros bienes involucrados en el transporte común.

60. Las disposiciones anteriores enuncian las obligaciones del porteador como obligaciones positivas, y son similares en cuanto a su efecto a los artículos II y III.1 de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby. Hay una corriente de opinión según la cual el régimen de responsabilidad general del artículo 6.1 siguiente hace innecesaria una disposición positiva como la mencionada, pero la opinión mayoritaria es partidaria de que se conserve dicha disposición, que no solamente enuncia las obligaciones del porteador por lo que se refiere al transporte, sino también las que tiene respecto del buque, que son compatibles con sus obligaciones de derecho público relativas a la seguridad y a la conservación del medio ambiente. La inclusión de una disposición como la mencionada permitiría conservar también los beneficios de una jurisprudencia considerable.

61. Por lo que se refiere al artículo 5.4, las palabras que van entre corchetes, es decir “y después de él” así como “y mantenerla”, si se insertan, velarán por que la operación de asegurar la navegabilidad del buque sea continua durante todo el viaje, lo que no se indica en las Reglas de La Haya y Reglas de La Haya-Visby. El cambio ha sido apoyado sobre la base de que sería un poco absurdo en relación con el Código Internacional de gestión de la seguridad y los requisitos de seguridad de navegación, que la prescripción se indicara de otra forma. Ahora bien, algunos estiman que, si el buque pierde su navegabilidad durante el viaje, la obligación de restablecer la situación puede ser parte, según las circunstancias, de la obligación de velar por las mercancías, que ya figura en el artículo 5.2.1; esto es particularmente importante si queda abolida la defensa del error náutico o de navegación (de esta cuestión se trata más adelante). También se alega que una continua obligación puede imponer responsabilidades severas y a veces impracticables al porteador mientras está en el mar, lo que agravaría mucho sus obligaciones; y que también eso exigiría la generación de nuevos casos de jurisprudencia que permitieran determinar su significado y sus repercusiones.

62. En lo que se refiere a los contenedores, debe tenerse en cuenta la amplia definición que figura en el artículo 1.4.

63. El artículo 5.2.2 tiene por finalidad prever la inserción de cláusulas FIO (“franco de carga y descarga”) y otras análogas, que son raras en el caso de los buques de línea regular pero que son comunes en las operaciones comerciales a base de contratos de fletamento. La aplicabilidad del presente proyecto de instrumento a los documentos de transporte negociables expedidos en dicha modalidad de transporte aconseja la inserción de una disposición de este tipo.

64. La disposición relativa al sacrificio de mercancías que figura en el artículo 5.5 queda limitada al transporte por mar (o por agua) porque la noción de sacrificio para la preservación de una operación común es una noción marítima, vinculada con la avería gruesa. Se ha expresado la opinión de que no es necesario ocuparse de esta cuestión en el proyecto de instrumento.

65. Se ha propuesto que se añada una disposición específica que exija que los porteadores de productos refrigerados comuniquen los datos de temperatura disponibles si se les pide. Se estimó que se trataba de una disposición demasiado específica para un instrumento general como el que se está examinando. Si se llegara a la conclusión de que dicha disposición es apropiada, entonces podría considerarse en el marco del artículo 6.9.4.

6. RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR

6.1 Base de la responsabilidad

6.1.1 El porteador es responsable de la pérdida derivada de pérdida o daño a las mercancías, así como del retraso en la entrega, si el hecho que causó la pérdida, el daño o el retraso se produjo durante el período de responsabilidad del porteador según se define en el artículo 4, a no ser que pruebe que no es culpa suya ni de ninguna otra persona mencionada en el artículo 6.3.2 a) lo que ha causado la pérdida, el daño o el retraso, o ha contribuido a ello.

66. Esta disposición constituye la regla básica de responsabilidad. El resultado general es análogo al del artículo 5.1 de las Reglas de Hamburgo y el resultado técnico es análogo al del artículo IV.2 q) de las Reglas de La Haya. Ahora bien, el texto de la disposición no es igual que ninguno de los dos citados.

67. Las Reglas de Hamburgo requieren que el porteador demuestre que él, sus empleados o sus agentes han adoptado todas las medidas que se requerirían razonablemente para evitar lo ocurrido o sus consecuencias. El artículo IV.2 q) de las Reglas de La Haya requiere que el porteador demuestre que no ha habido culpa ni connivencia por su parte, ni culpa o negligencia por parte de sus agentes y empleados, que hayan podido contribuir a la pérdida o el daño. El presente artículo se refiere a la culpa del propio porteador o de personas que desempeñen las funciones de porteador, las cuales quedan involucradas por la referencia al artículo 6.3.

68. La cuestión de la responsabilidad del porteador en caso de retraso se prevé y se comenta en el artículo 6.4.

6.1.2 [A pesar de lo dispuesto en el artículo 6.1.1 el porteador no es responsable de la pérdida, el daño o el retraso derivados o resultantes de

a) Actos, negligencia o culpa del capitán, un marinero, el piloto u otros empleados del porteador en la navegación o la administración del buque;

b) Un incendio en el buque, a menos que haya sido causado por culpa o connivencia del porteador].

69. Ésas son las dos primeras excepciones tradicionales relativas al porteador, según se dispone en las Reglas de La Haya y en las Reglas de La Haya-Visby. La retención de una cualquiera de esas dos excepciones suscita considerable oposición. Por lo que se refiere al apartado a) el elemento de “administración” apenas obtiene apoyo, pues se presta sencillamente a la controversia acerca de la diferencia entre la administración del buque y las obligaciones normales del porteador, que son velar por las mercancías y transportarlas. En cambio, la excepción general está justificada por algunos sobre la base de que, si se suprime, habrá un cambio considerable

respecto de la posición actual en cuanto a la difusión de los riesgos del transporte por mar, que evidentemente repercutiría en la cuestión de los seguros. No es posible retener esa excepción como parte del régimen modificado de "presunción" del que se trata en el artículo 6.1.3 siguiente, porque es una exoneración directa en un caso de negligencia: o tiene que ser una exoneración, o hay que suprimirla. Si se ha conservado la excepción en el presente texto en su forma original es para dejar aclarada la situación.

70. También hay una opinión según la cual, si se suprime esta excepción, debería mantenerse una excepción por "acto, negligencia o culpa de un piloto a quien se haya obligado a encargarse de la navegación del buque", so pretexto de que esto abarcaría una situación en la que el porteador podría sentirse ofendido justificadamente si se esperaba de él que respondiera. Esa excepción sería evidentemente una exoneración verdadera. También se podría incluir esa excepción en el régimen de presunción que se expone más adelante, pero como el texto de la excepción se refiere a pérdidas que no han sido originadas por negligencia del porteador, no sería tan apropiado incluirla en dicho lugar.

71. Por lo que se refiere al apartado b), las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby no solamente reducen las circunstancias en las que el porteador puede ser responsable en caso de incendio (pues requieren que haya culpa o connivencia, y probablemente también alguna forma de fallo administrativo del porteador) sino que además imponen la carga de la prueba al demandante. Las Reglas de Hamburgo no parecen requerir que haya fallo administrativo pero imponen concretamente la carga de la prueba al demandante. La disposición anterior se basa en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby. Sin embargo, la excepción relativa a incendio se ha modificado para dejar bien sentado que el incendio tiene que ocurrir en el buque que transporta las mercancías y las Reglas de La Haya-Visby no dan indicación alguna a ese respecto.

72. La excepción se justifica generalmente debido a que los accidentes causados por un incendio plantean graves problemas en cuanto a la prueba, y en vista de esa opinión se ha mantenido aquí en su versión de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby. Ahora bien, no es necesario que esa excepción revista la forma de una exoneración directa: las palabras "incendio en el buque" podrían, si se desea, insertarse en la lista de los sucesos enumerados en el régimen de "presunción" que se expone a continuación, entre los demás peligros exceptuados por las Reglas de La Haya y Reglas de La Haya-Visby. Esto obligaría a suprimir la restricción relativa a la culpa o connivencia del porteador. En dicho caso el resultado sería muy parecido al creado por las Reglas de Hamburgo debido al efecto coincidente del artículo 6.3.2, en virtud del cual el porteador es responsable de los actos efectuados por los que desempeñan sus responsabilidades bajo su control. La carga de la prueba que incumbe al reclamante no se agravaría.

73. Evidentemente se puede adoptar la opinión de que no se precisa ninguna excepción especial, y de que el incendio puede tratarse en el caso de la norma general que se enuncia en el artículo 6.1.1.

> 6.1.3 A pesar de lo dispuesto en el artículo 6.1.1, si el porteador demuestra que la pérdida o el daño a las mercancías o el retraso en la entrega ha sido originado por uno de los sucesos que se citan a continuación, se presumirá, a

falta de que se pruebe lo contrario, que ni su culpa ni la de una parte ejecutante ha originado ni ha contribuido a originar esa pérdida, ese daño o ese retraso.

74. Esta disposición representa una versión muy modificada (pero ampliada desde varios puntos de vista) de la mayor parte de los peligros restantes exceptuados de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby: en particular, aquí aparecen únicamente como presunciones. Las consultas sostenidas indican una división de opiniones acerca de si los peligros, los riesgos exceptuados tradicionalmente deben mantenerse como exoneraciones de responsabilidad o si solamente deben aparecer (en la medida de lo posible) como presunciones. El motivo de este segundo enfoque es que hay sucesos que caracterizan a situaciones en las que el porteador no tiene culpa; y que es justificable, si el porteador demuestra lo antedicho, que la carga de la prueba se invierta.

75. Hay una corriente de opinión que preferiría mantener todos los riesgos exceptuados, con o sin exceptuar al error náutico, como exoneraciones verdaderas, es decir, como excepciones de responsabilidad. Es evidente que la excepción del error náutico sólo sería efectiva como tal, y por esa razón se ha mantenido en el artículo 6.1.2 anterior como exoneración directa.

76. Otro parecer es que como la mayor parte de las excepciones se interpretan generalmente en el sentido de que no se aplican cuando hay negligencia del porteador, en la práctica no hay mucha diferencia entre uno y otro enfoque.

77. Ahora bien, un enfoque muy diferente es el que preconiza que se supriman todas las excepciones, ya que los sucesos a los que se refieren están abarcados por el principio general de responsabilidad. La oposición a dicho enfoque se basa en que en algunos países la supresión completa del catálogo podría ser considerada por un juez que no tenga experiencia en derecho marítimo como una manifestación de la intención de modificar la ley. Se dice que aunque la lista no sea necesaria en algunos países, es útil en otros y no perjudica a los países que no la necesitan.

78. A título ilustrativo las cuestiones pertinentes se mencionan en este comentario como “excepciones”, aunque es evidente que hay una diferencia sustancial, al menos en teoría, entre considerarlas como exoneraciones o considerarlas como sucesos que suscitan solamente una presunción. Lo que figura a continuación es, por lo tanto, una nueva presentación de las excepciones (las tradicionales en su mayor parte, pero no en su totalidad) como parte de un régimen basado en la presunción. De conformidad con una opinión que se manifestó frecuentemente en las consultas, esas excepciones se enumeran aproximadamente en el orden ya tradicional en el que figuran en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby. El que se hayan mantenido puede justificarse en parte sobre la base de que decenio tras decenio han originado valiosos casos de jurisprudencia a partir de 1924.

79. Ya se ha mencionado que muchas de las excepciones se considera generalmente que sólo son aplicables cuando el porteador no ha incurrido en negligencia al correr el riesgo exceptuado, pero por lo menos hay otras dos excepciones que, al menos en algunas jurisdicciones, están definidas específicamente en términos que requieren la ausencia de negligencia por parte del porteador. Se trata de las excepciones por fuerza mayor o por riesgos de mar. Para establecer en la actualidad esos riesgos exceptuados, es preciso, al menos en algunas jurisdicciones, que el porteador demuestre a título de defensa que no ha obrado con negligencia al exponerse a la situación de que se trataba. Tanto un caso de fuerza

mayor como un caso de riesgo del mar pueden definirse como situaciones que se presentan sin que haya habido negligencia del porteador, pues son situaciones contra las que no cabe precaverse razonablemente. Incluirlas en un régimen de "presunción" sin hacer referencia a la falta de culpa no es cosa fácil. Habría que elaborar quizá nuevas definiciones que se refiriesen solamente a graves sucesos externos que pudieran suscitar una presunción (refutable) de no responsabilidad. Esto podría entrañar la invalidez de casos de jurisprudencia en algunas jurisdicciones. Por esa razón esos dos riesgos exceptuados se citan entre corchetes al final. No encajarían bien en un régimen basado en la presunción, y es probable que las situaciones en que pudieran plantearse uno u otro de esos riesgos pudieran abordarse fácilmente recurriendo al principio fundamental del artículo 6.1.1.

i) [Fuerza mayor], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles;

80. Se trata de excepciones que son fundamentalmente tradicionales, pero se han añadido los casos de "hostilidades, conflicto armado, piratería y terrorismo" para ampliar el ámbito de la palabra "guerra", que en la actualidad puede interpretarse o no interpretarse en el sentido de que abarca algunos de los otros casos. Evidentemente dichos casos requerirán interpretación. "Fuerza mayor" va entre corchetes porque, aunque sea un concepto tradicional, se suele definir por referencia a la falta de negligencia, lo que significa que, como se ha sugerido, no encaja fácilmente como concepto que crea una presunción.

ii) restricciones de cuarentena; ingerencia de gobiernos, dirigentes de autoridades públicas, o particulares [incluida la ingerencia por proceso jurídico o en virtud de él] o impedimentos creados por los actores mencionados;

81. Éste es un vestigio de la antigua excepción "de coacción por soberanos". Cabe preguntarse lo que se considera que abarca la expresión "autoridades públicas" en diversos países. Por eso conviene ser prudente y conservar una referencia a limitaciones judiciales.

iii) acto u omisión del porteador, de la parte controladora o del consignatario;

82. La definición de "parte controladora" figura en el artículo 1.7.

iv) huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral;

v) salvamento o tentativa de salvamento de vidas o bienes en el mar;

vi) pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a calidad, defecto o tara inherentes de las mercancías;

vii) insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado;

83. La versión de las Reglas de La Haya utilizaba las palabras "insufficiency or inadequacy" (en español se utilizaron las palabras "insuficiencia o imperfección"). Las palabras "estado defectuoso" pueden indicar con mayor claridad que la disposición abarca las marcas que se borren o hayan perdido nitidez como consecuencia de la acción de la lluvia, etc.

viii) defectos ocultos que escapan a una diligencia razonable.

84. El significado de esta expresión de las Reglas de La Haya es muy poco claro. En particular, no da indicación alguna en cuanto al defecto de que se trata; por ejemplo, si es un defecto del buque, de las mercancías o del equipo portuario. Al parecer hay jurisdicciones en las que dicha expresión resulta ventajosa desde el punto de vista de la carga de la prueba. La cuestión podría aclararse haciendo referencia al barco, a sus pertrechos y a su equipo.

ix) manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en su nombre;

85. La finalidad de esta disposición, que es nueva, es prever las situaciones en las que el artículo 5.2.2 permite que las partes mencionadas desempeñen esas funciones.

x) actos del porteador o de una parte ejecutante de conformidad con las facultades conferidas por los artículos 5.3 y 5.5 cuando las mercancías se hayan convertido en un peligro para personas, bienes o medio ambiente o hayan sido sacrificadas;

[xi) riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables;]

86. Si se mantienen las excepciones como exoneraciones esta disposición deberá restablecerse para que se parezca algo más a lo que era como excepción iii). Ahora bien, si la técnica de la presunción se adopta, por las razones ya antedichas será dudoso que esta excepción pueda conservarse.

87. La mayor parte de las excepciones antedichas se refieren al transporte por mar. Hay que considerar si deben introducirse otras excepciones a fin de abarcar incidentes típicos del transporte por tierra, o si dichos incidentes quedarían abarcados debidamente por la disposición general del artículo 6.1.1.

6.1.4 [Si la pérdida, el daño o el retraso de la entrega se deben en parte a un incidente del cual el porteador no es responsable y en parte a un incidente del cual el porteador es responsable, el porteador será responsable de toda la pérdida, el daño o el retraso en la entrega excepto en la medida en que demuestre que una parte concreta de la pérdida ha sido originada por un incidente del cual no es responsable].

[Si la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se deben en parte a un incidente del cual el porteador no es responsable y en parte a un incidente del cual el porteador es responsable, entonces el porteador:

a) Será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega en la medida en que la parte que recabe la indemnización por la pérdida, el daño o el retraso demuestre que se ha debido a uno o más incidentes de los cuales es responsable el porteador; y

b) No será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega en la medida en que el porteador demuestre que es atribuible a uno o más incidentes respecto de los cuales el porteador no es responsable.

Si no hay factores que permitan efectuar la distribución general, entonces el porteador será responsable de la mitad de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega].

88. Estas disposiciones alternativas tratan de las causas concurrentes y consecutivas del daño, y se aplican independientemente de que cualquiera de las disposiciones de los artículos 6.1.2 y 6.1.3 se hayan adoptado: se necesitará una disposición aunque el artículo 6.1.1 constituya el régimen único de responsabilidad.

89. La primera alternativa es para que se consiga en gran parte el mismo efecto que con el artículo 5.7 de las Reglas de Hamburgo (así como la legislación vigente en muchos países), pero se ha procurado simplificar la redacción y aclarar en quién recae la carga de la prueba.

90. La segunda alternativa tiene por finalidad introducir un enfoque totalmente nuevo en el cual la carga de la prueba se comparte, y cada parte se hace cargo del riesgo de no persuasión respecto de determinados aspectos. El proceso de consulta reveló que ese nuevo enfoque suscitaba cierto apoyo. Lo que es más importante, la segunda alternativa dispensaría al porteador de la carga de tener que probar algo negativo. Algunos delegados y representantes de la industria comunicaron que el efecto práctico de los regímenes actuales que son similares a la primera alternativa consiste en imponer la plena responsabilidad al porteador cuando haya causas múltiples de pérdida o daño.

91. La última frase, al final de la segunda alternativa, es una disposición de reserva que abarca las raras situaciones en las que no existe una prueba adecuada. Se tiene la intención de que sea una especie de última instancia, para cuando un tribunal se halle en la completa imposibilidad de distribuir la cuantía de la pérdida. Dicha disposición sería innecesaria en el marco de la primera alternativa. La regla de reserva en el marco de la primera alternativa consistiría en imponer la responsabilidad íntegra al porteador cuando el porteador no pueda cumplir su obligación respecto de la carga de la prueba.

6.2 Cálculo de la indemnización

6.2.1 Cuando el porteador sea responsable de la pérdida o del daño a las mercancías, la indemnización que proceda abonar se calculará con referencia al valor de dichas mercancías en el lugar y el momento de la entrega según el contrato del transporte.

6.2.2 El valor de las mercancías se fijará según su precio de intercambio o, si dicho precio no existiera, según su precio de mercado o, si no existiera el precio de intercambio del producto ni el precio del mercado, por referencia al valor normal de las mercancías del mismo tipo y de la misma calidad en el lugar de entrega.

6.2.3 En caso de pérdida o de daño de las mercancías y con excepción de lo que se dispone en el artículo 6.4, el porteador no será responsable del pago de ninguna indemnización aparte de lo que se prevé en los artículos 6.2.1 y 6.2.2.

92. La presente disposición se basa en el principio que aparentemente se refleja en el artículo IV.5 b) de las Reglas de La Haya-Visby. Aclara lo que se estima que es la intención del texto de La Haya-Visby, o sea incluir una disminución del valor de las mercancías y excluir los daños consiguientes. La pérdida o daño imputable al retraso se aborda en el artículo 6.4.

6.3 Responsabilidad de las partes ejecutantes

6.3.1 a) Una parte ejecutante queda sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador en virtud del presente instrumento, y tiene derecho a ejercer los derechos y a disfrutar de las inmunidades que se reconocen al porteador en el presente instrumento i) durante el período en el que tiene la custodia de las mercancías; y ii) en cualquier otro momento, en la medida en que esté participando en el desarrollo de cualquiera de las actividades previstas por el contrato de transporte.

b) Si el porteador conviene en asumir responsabilidades diferentes de las que recaen en él en virtud del presente instrumento, o conviene en que su responsabilidad por el retraso en la entrega, la pérdida o el daño a las mercancías o en relación con las mercancías, es superior a los límites fijados en los artículos 6.4.2, 6.6.4 y 6.7, una parte ejecutante no queda obligada por el presente acuerdo a no ser que la parte ejecutante convenga expresamente en aceptar dichas responsabilidades o dichos límites.

93. El apartado a) impone una responsabilidad a “las partes ejecutantes”: la de desempeñar las obligaciones fundamentales del porteador en virtud del contrato de transporte. Dicha disposición no define el grado de responsabilidad de las partes ejecutantes. Dicho grado se determina en virtud de otras disposiciones. En particular, el grado de responsabilidad se especifica parcialmente en el artículo 4.2, que establece un sistema “interconectado” que se aplica también a las partes ejecutantes (como por ejemplo los porteadores por vías interiores).

94. Es importante establecer una distinción entre la responsabilidad de la parte ejecutante y la responsabilidad del porteador. El porteador es responsable (a reserva de los términos del presente proyecto de instrumento) en virtud del contrato de transporte durante todo el período de responsabilidad con arreglo al artículo 4.1. En cambio, un porteador ejecutante no es responsable en virtud del contrato de transporte, y según el presente proyecto de instrumento tampoco es responsable en caso de falta civil. El porteador soslaya la responsabilidad en caso de falta civil, pero el porteador ejecutante asume la responsabilidad con arreglo al proyecto de instrumento durante el plazo en que tiene la custodia de las mercancías o cuando participe de otra forma en el cumplimiento del contrato de transporte. En quien inicia la demanda relacionada con el cargamento recae la obligación de demostrar que la pérdida o el daño ocurrieron en circunstancias que eran suficientes para imponer la responsabilidad a la parte ejecutante pertinente.

95. El apartado b) dispone que cada parte ejecutante tiene derecho a su propia determinación de responsabilidad. El acuerdo de un porteador de asumir una responsabilidad mayor (acuerdo por el cual el porteador ha recibido probablemente una indemnización) no vincula a una parte ejecutante que no haya asumido el mismo acuerdo. Por lo tanto, una parte ejecutante puede perfectamente confiar en los términos del presente proyecto de instrumento a falta de su propio acuerdo expreso en sentido contrario.

96. Se han manifestado opiniones según las cuales este artículo debería eliminarse y las reclamaciones con arreglo al proyecto de instrumento deberían dirigirse solamente al porteador con el cual concertó el contrato el cargador. Ahora bien, según un parecer diferente, la parte ejecutante debe definirse en otro lugar del presente instrumento, y su responsabilidad debe estar limitada a la parte del transporte que ha realizado.

97. El debate principal sobre esta disposición se refleja en la definición de "parte ejecutante". Los que son partidarios de un régimen de mayor responsabilidad están a favor de una definición más inclusiva de "parte ejecutante", mientras que los que alegan que debería haber un régimen de responsabilidad más específico son partidarios de una definición más restrictiva. El ejemplo y prototipo básico del comentario acerca del artículo 1.17 brinda una vez más una ilustración útil. Los que preconizan que haya un régimen de responsabilidad más amplio alegan que la compañía de transporte que subcontrata sus obligaciones con un conductor-propietario independiente, debería ser responsable directamente respecto del que reclama una indemnización por el cargamento si el conductor-propietario del camión ha dañado el cargamento por negligencia. La compañía de transporte por carretera debería ser responsable respecto del transportista con arreglo a su contrato, y por lo tanto el demandante respecto del cargamento podría demandar indirectamente a la compañía de transporte (a no ser que el transportista no pudiera ser llevado ante los tribunales por algún motivo). En muchas jurisdicciones, la compañía de transporte sería también responsable respecto del demandante, a título directo y por falta civil. Instituyendo una posibilidad de acción directa en el presente proyecto de instrumento se simplificaría el proceso, se protegerían mejor los intereses del demandante respecto del cargamento, y se conseguiría una mayor uniformidad. Los que son partidarios de un régimen de responsabilidad más limitado alegan que la compañía de transporte por carretera que subcontrata sus obligaciones con un conductor-propietario independiente no debería ser responsable en virtud del presente proyecto de instrumento. Un consignatario que intenta recuperar los daños causados por negligencia del conductor-propietario del camión sólo debería estar en condiciones de recuperarlos del transportista que opere un medio de transporte no acuático que haya intervenido en el contrato de transporte o del conductor-propietario que haya sido negligente. Protegiendo a la compañía de transporte por carretera que ha confiado el cargamento al conductor-propietario negligente, se protege la independencia de su subcontrato con el transportista.

6.3.2 a) A reserva de lo dispuesto en el artículo 6.3.3, el porteador es responsable de los actos y omisiones de:

i) cualquier parte ejecutante, y

ii) cualquier otra persona, con inclusión de subcontratistas y agentes de una parte ejecutante, que ejecuta o se compromete a ejecutar cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud del contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúa, directa o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o control del porteador,

como si dicho actos u omisiones fueran sus propios actos u omisiones. Un porteador es responsable en virtud de la presente disposición solamente cuando el acto o la omisión de la persona de que se trate esté dentro del marco de su contrato, empleo o agencia.

b) A reserva de lo dispuesto en el artículo 6.3.3, una parte ejecutante es responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado la realización de cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud del contrato de transporte, incluidos sus subcontratista, empleados y agentes, como si dichos actos u omisiones fueran los suyos propios. Una parte

ejecutante es responsable en virtud de la presente disposición solamente cuando el acto o la omisión de la persona de que se trate se halle dentro del campo de su contrato o empleo.

98. El artículo 6.3.2 confirma que el porteador es responsable de los actos y omisiones de todos los que trabajan para él (siempre que obren dentro del marco de su contrato, su empleo, o su actuación como agentes, según proceda). Una parte ejecutante es igualmente responsable de los actos y omisiones de todos los que trabajan para ella.

6.3.3 Si se entabla una acción contra una persona mencionada en el artículo 6.3.2 que no sea el porteador, dicha persona tendrá derecho a beneficiarse de las defensas y limitaciones de responsabilidad disponibles para el porteador en virtud del presente instrumento, si prueba que ha obrado dentro del marco de su contrato, su empleo o su actuación como agente.

6.3.4 Si más de una persona son responsables de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías, su responsabilidad será conjunta y solidaria pero únicamente hasta los límites estipulados en los artículos 6.4, 6.6 y 6.7.

6.3.5 A reserva de lo dispuesto en el artículo 6.8, la responsabilidad acumulada de todas esas personas no excederá de los límites generales de responsabilidad en virtud del presente documento.

6.4 Retraso

6.4.1 Hay retraso en la entrega cuando las mercancías no se entregan en el lugar de destino estipulado en el contrato dentro del plazo de tiempo que se haya convenido expresamente [o, de no haber mutuo acuerdo, dentro del plazo de tiempo que sería razonable esperar de un porteador diligente, teniendo en cuenta los términos del contrato, las características del transporte y las circunstancias del viaje].

99. La primera parte de la anterior disposición ha obtenido amplio apoyo; la segunda parte, que va entre corchetes, suscita controversia. Las palabras “los términos del contrato” se refieren a situaciones en las que el porteador expresamente no ha garantizado el momento de la llegada.

6.4.2 Si el retraso en la entrega origina pérdidas que no se derivan de las pérdidas o los daños de las mercancías transportadas y por tanto no están abarcadas por el artículo 6.2, la suma pagadera a título de indemnización por dicha pérdida queda limitada a una cantidad equivalente a [… veces el flete pagadero por las mercancías retrasadas]. La suma total pagadera en virtud de la presente disposición y del artículo 6.7.1 no excederá del límite que se fijaría en relación con el artículo 6.7.1 para la pérdida total de las mercancías de que se trate.

100. Cuando el retraso origine pérdidas o daños para las mercancías, la limitación general que figura en el artículo 6.7.1 fija un límite para los daños. La presente disposición crea un límite especial para otras pérdidas originadas por el retraso. Estas otras pérdidas pueden denominarse pérdidas “económicas” o “no físicas”, y a veces se mencionan como pérdidas “consiguientes”. Ahora bien, ninguno de estos términos tiene un significado convenido: todas las pérdidas son económicas, la

pérdida de por sí no es física, y el significado de la expresión "pérdida consiguiente" no es el mismo en los diversos regímenes jurídicos. En consecuencia se ha estimado que era mejor utilizar la formulación anterior.

101. En cuanto a la suma, las Reglas de Hamburgo disponen que la responsabilidad del porteador por el retraso en la entrega está limitada a una suma equivalente a dos veces y media el flete pagadero por las mercancías retrasadas, sin que dicha suma pueda exceder del flete total pagadero con arreglo al contrato. Otro ejemplo lo brinda la legislación de Australia, en la que la suma pagadera es la más baja de las siguientes cantidades: la cantidad real de la pérdida; o dos veces y media el flete marítimo pagadero por las mercancías retrasadas; o la cantidad total pagadera como flete marítimo por todas las mercancías expedidas por el cargador de que se trate con arreglo al contrato de transporte en cuestión.

102. La segunda oración impide que la limitación general de la cantidad pagadera que figura en el artículo 6.7.1 quede rebasada por alguna operación de la presente disposición

6.5 Desviación

a) El porteador no es responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega que se origine a causa de una desviación efectuada para salvar o intentar salvar una vida o bienes en el mar, o por cualquier otra desviación razonable.

b) Cuando en virtud de la legislación de un país una desviación constituya de por sí una infracción de las obligaciones del porteador, dicha infracción sólo tendrá efecto en consonancia con las disposiciones del presente instrumento.

103. La finalidad de la presente disposición es que el proyecto de instrumento no se pueda soslayar en caso de desviación, tanto si es geográfica como si es de otro tipo. En virtud de algunos regímenes jurídicos un fallo del porteador que puede ser descrito como una desviación ha sido aducido para desplazar las excepciones, especialmente la limitación de volumen o unitaria de las Reglas de La Haya y (posiblemente) de las Reglas de La Haya-Visby. Se trata de conseguir que eso no sea ya posible: como las Reglas de La Haya-Visby, el presente proyecto de instrumento contiene (en su artículo 6.8) sus propias disposiciones para resolver el caso de la pérdida del derecho a limitación.

6.6 Carga en cubierta

6.6.1 Las mercancías sólo se pueden transportar en cubierta o sobre cubierta

i) si la legislación o las normas administrativas o los reglamentos aplicables exigen ese tipo de modalidad de transporte, o

ii) si las mercancías se transportan en contenedores o sobre contenedores en cubierta especialmente adaptadas para el transporte de dichos contenedores, o

iii) en los casos que no queden abarcados por los incisos i) o ii) del presente artículo, si el transporte en cubierta está en consonancia con el contrato de transporte, o cumple las costumbres, los usos y las prácticas del

comercio, o corresponde a otros cursos o prácticas del comercio de que se trate.

6.6.2 Si las mercancías han sido transportadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 i) y iii), el porteador no es responsable de la pérdida o el daño a dichas mercancías o el retraso en la entrega debido a los riesgos especiales involucrados en su transporte en cubierta. Si las mercancías se transportan en cubierta o sobre cubierta de conformidad con el artículo 6.6.1 ii), el porteador es responsable de la pérdida o del daño a dichas mercancías, o del retraso en la entrega, con arreglo a los términos del presente instrumento independientemente de que se transporten en cubierta o sobre cubierta. Si las mercancías se transportan en cubierta en casos diferentes de los permitidos en virtud del artículo 6.6.1, el porteador es responsable, independientemente de las disposiciones del artículo 6.1, de la pérdida o el daño a las mercancías o del retraso en la entrega que sean exclusivamente consecuencia de su transporte en cubierta.

6.6.3 Si las mercancías se han expedido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.6.1 iii), el hecho de que determinadas mercancías se transporten en cubierta debe hacerse constar en los datos del contrato. De lo contrario, recaerá en el porteador la carga de la prueba de que el transporte en cubierta cumple con lo estipulado en el artículo 6.6.1 iii) y, si se ha expedido un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el porteador no tendrá derecho a invocar dicha disposición contra una tercera parte que haya adquirido de buena fe dicho documento de transporte negociable o dicho documento electrónico.

6.6.4 Si el porteador es responsable en virtud del presente artículo 6.6 de la pérdida o el daño a las mercancías transportadas en cubierta o del retraso en su entrega, su responsabilidad queda limitada según se estipula en los artículos 6.4 y 6.7; ahora bien, si el porteador y el cargador han convenido expresamente en que las mercancías se transportarían bajo cubierta, el porteador no tendrá derecho a limitar su responsabilidad por cualquier pérdida o cualquier daño a las mercancías que se deba exclusivamente al hecho de haber sido transportadas en cubierta.

6.7 Límites de la responsabilidad

6.7.1 A reserva de lo dispuesto en el artículo 6.4.2, la responsabilidad del porteador por la pérdida o el daño o en relación con la pérdida o el daño a las mercancías queda limitada a […] unidades de cuenta por bulto u otra unidad de transporte, o a […] unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta última cantidad es superior, excepto cuando la naturaleza y el valor de las mercancías han sido declarados por el cargador antes de su expedición y se han incluido en los datos del contrato, [o cuando el porteador y el cargador han convenido en una suma mayor que la cantidad de la limitación de responsabilidad fijada en el presente artículo].

6.7.2 Cuando las mercancías se transportan en un contenedor o sobre un contenedor, los bultos o unidades de transporte enumerados en los datos del contrato como bultos expedidos en dicho contenedor o encima de él, serán considerados bultos o unidades de transporte. Si no se han enumerado de la

manera indicada, las mercancías que vayan en el contenedor o sobre el serán consideradas como una unidad de transporte.

6.7.3 La unidad de cuenta a que se refiere el presente artículo es el Derecho Especial de Giro tal como ha sido definido por el Fondo Monetario Internacional. Las cantidades mencionadas en el presente artículo se convertirán en la moneda nacional de un Estado según el valor de esa moneda en la fecha del fallo o en la fecha acordada por las partes. El valor, en Derechos Especiales de Giro, de la moneda nacional de un Estado Contratante que sea miembro del Fondo Monetario Internacional se calculará según el método de valoración aplicado en la fecha de que se trate por el Fondo Monetario Internacional en sus operaciones y transacciones. El valor, en Derechos Especiales de Giro, de la moneda nacional de un Estado Contratante que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional se calculará de la manera que determine ese Estado.

104. Se estima que por el momento no sería apropiado insertar ninguna cifra correspondiente a unidades de cuenta en el proyecto de instrumento. Ahora bien, ha obtenido apoyo la opinión de que los límites de las Reglas de La Haya-Visby deberían ser el punto de partida para posibles debates futuros.

105. En las disposiciones finales del presente proyecto de instrumento sería apropiado incluir un artículo que estableciera un procedimiento de enmienda acelerado para el ajuste de las cantidades de la limitación, como por ejemplo el artículo 8 del Protocolo de 1996 de enmiendas al Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo. La cuantía de los límites que se convenga finalmente en insertar en el artículo 6.7.1 influirá seguramente en el grado de apoyo que tenga un procedimiento de enmienda acelerado.

106. La última parte del artículo 6.7.1 va entre corchetes porque hay que decidir si las disposiciones preceptivas que pueda haber han de ser unilaterales o bilaterales, es decir si se permitirá o no se permitirá que cualquiera de las partes aumente sus respectivas responsabilidades.

6.8 Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad

Ni el porteador ni ninguna de las personas mencionadas en el artículo 6.3.2 tienen derecho a limitar su responsabilidad con arreglo a los artículos [6.4.2,] 6.6.4, y 6.7 del presente instrumento, [o según se estipule en el contrato de transporte,] si el demandante prueba que [el retraso en la entrega de,] la pérdida o el daño a las mercancías o en relación con las mercancías han sido resultado de un acto u omisión personal de la persona que reclame un derecho de limitación efectuado con la intención de causar dicha pérdida o dicho daño, o imprudentemente y a sabiendas de que probablemente sobrevendría la pérdida, el daño o el retraso.

107. La disposición que permite “impugnar” la limitación global es de un tipo común en los convenios internacionales y corresponde al artículo IV.5 e) de las Reglas de La Haya-Visby. La necesidad de que haya habido falta personal requeriría cierta forma de fallo de gestión en un porteador que sea persona jurídica, pero se ha estimado que no sería apropiado especificar esta cuestión con mayor detalle. Los corchetes indican que hay que considerar si el límite debería ser “impugnable” en

caso de retraso. Parece probable que semejante posibilidad se plantee raramente, y el hecho de detallar más la cuestión podría plantear dificultades en materia de seguros.

6.9 Notificación en caso de pérdida, daño o retraso

6.9.1 A menos que se pruebe lo contrario, se presumirá que el porteador ha entregado las mercancías según las describían los datos del contrato si no se ha dado al porteador o a la parte ejecutante que entregó las mercancías, antes del momento de la entrega o en dicho momento, o, si la pérdida o el daño no son aparentes, dentro de un plazo de tres días laborales después de la entrega de las mercancías, una notificación de pérdida o de daño a las mercancías o en relación con las mercancías, indicando la naturaleza general de dicha pérdida o de dicho daño. No se requiere dicha notificación en caso de pérdida o de daño que se hayan determinado en una inspección conjunta de las mercancías, llevada a cabo por el consignatario y el porteador o la parte ejecutante respecto de quien se haya alegado que es responsable.

6.9.2 No procede abonar indemnización alguna con arreglo al artículo 6.4 a no ser que se haya notificado la pérdida a la persona respecto de la cual se alega que corresponde la responsabilidad, dentro de un plazo de veintiún días consecutivos a partir de la entrega de las mercancías.

6.9.3 Cuando la notificación mencionada en el presente capítulo se da a la parte ejecutante que entregó las mercancías, surtirá el mismo efecto que si la notificación se hubiera dado al porteador, y la notificación dada al porteador surtirá el mismo efecto que una notificación dada a la parte ejecutante que entregó las mercancías.

6.9.4 En caso de pérdida o daño efectivos o temidos, las partes en la reclamación o controversia tienen que dar todas las facilidades razonables a la otra parte para inspeccionar y tasar las mercancías.

108. El hecho de dar la notificación con rapidez reviste importancia práctica. En efecto, permite que las partes puedan llevar a cabo inmediatamente un examen de las mercancías (conjuntamente, es preferible) y adoptar las medidas necesarias para evitar que las mercancías sufran otros daños. El hecho de dar la notificación con rapidez forma parte de las obligaciones generales de cada parte de actuar razonablemente respecto de la otra parte y de limitar en todo lo posible el daño. Si los daños no son aparentes, el consignatario necesitará un período determinado de tiempo para la inspección. En vista de la finalidad de la notificación, dicho período puede restringirse razonablemente a tres días.

109. En el caso del derecho del transporte aéreo, la sanción por no dar una notificación adecuada es la pérdida del derecho a exigir daños. En el transporte marítimo se estima que semejante disposición sería una sanción demasiado rigurosa si no ha habido más que daños materiales de las mercancías. Con arreglo a las Reglas de La Haya, en las que se basa la presente disposición, solamente se partirá del supuesto de que las mercancías han sido entregadas debidamente si corresponden a su descripción en el documento de transporte. Eso no se aplica al hecho de no dar la debida notificación en caso de pérdida económica. La notificación de una reclamación por retraso en la entrega se puede dar dentro de un

plazo corto y, por consiguiente, hay que darla dentro de un plazo corto. Por lo general, una reclamación de ese tipo no es más que cuestión de cálculo.

110. A efectos prácticos se dispone en el tercer párrafo que hay que dar una notificación válida a un porteador ejecutante cuando es la persona que entrega las mercancías al consignatario. Es evidente que en dicho caso la notificación también se puede dar apropiadamente al porteador contratante.

6.10 Reclamaciones extracontractuales

Las cláusulas de defensa y los límites de responsabilidad que se estipulan en el presente instrumento y las responsabilidades que impone, se aplican en toda acción contra el porteador o una parte ejecutante por pérdida o daño o en relación con las mercancías amparadas por un contrato de transporte, tanto si la acción se basa en un contrato como si se trata de un daño legal extracontractual o de otro tipo.

111. Quizá el Grupo de Trabajo desee examinar si esa disposición es apropiada.

7. OBLIGACIONES DEL CARGADOR

7.1 A reserva de las disposiciones del contrato de transporte, el cargador entregará las mercancías preparadas para el transporte y en un estado que les permita resistir el transporte previsto, incluidas las operaciones de carga, manipulación, estibado, sujeción y afianzamiento, así como de descarga, y no provocar lesiones ni daños. En el caso de que las mercancías se entreguen en un contenedor o un remolque o encima de un contenedor o de un remolque embaladas por el cargador, el cargador deberá estibar, sujetar y afianzar las mercancías en el contenedor o remolque o encima del contenedor o el remolque de forma que las mercancías resistan el transporte previsto, incluidas las operaciones de carga, manipulación y descarga del contenedor o del remolque, y que no causen lesiones ni daños.

112. La obligación fundamental del cargador es entregar las mercancías al porteador de conformidad con el contrato de transporte, es decir, las mercancías según se había convenido y en el momento y lugar acordados. Además, el cargador tiene que llevar las mercancías en el estado adecuado para el viaje previsto, es decir que el embalaje tiene que ser resistente, que las mercancías peligrosas tienen que estar marcadas y etiquetadas debidamente, que las mercancías que requieren una temperatura determinada tienen que ser entregadas a la debida temperatura para el transporte, etc. Con miras a evitar los accidentes, lo antedicho reviste particular importancia en el caso de los contenedores y remolques cuyas mercancías hayan sido embaladas por el cargador, ya que por lo general los transportadores no verifican su contenido.

7.2 El porteador proporcionará al cargador, previa petición, la información de que tenga conocimiento y las instrucciones que sean razonablemente necesarias o importantes para que el cargador pueda cumplir sus obligaciones en virtud del artículo 7.1.

113. Esta cuestión debe resolverse bilateralmente: lo que no sepa el cargador, debe preguntarlo para que el porteador le ayude a cumplir sus obligaciones. Una opinión minoritaria critica esta disposición alegando que es superflua.

7.3 El cargador proporcionará al porteador la información, las instrucciones y los documentos que sean razonablemente necesarios para:

a) La manipulación y el transporte de las mercancías, incluidas las precauciones que ha de adoptar el porteador o una parte ejecutante;

b) El cumplimiento de las normas, reglamento y otros requisitos de las autoridades en relación con el transporte previsto, con inclusión de documentos, solicitudes y licencias relacionados con las mercancías;

c) La recopilación de los datos del contrato y la emisión de los documentos de transporte o de los documentos electrónicos, incluidos los datos mencionados en el artículo 8.2.1 b) y c), el nombre de la parte que va a ser identificada como cargador en los datos del contrato, y el nombre del consignatario y de la persona a la orden, a no ser que el cargador pueda suponer razonablemente que el porteador conoce ya esos datos.

7.4 La información, las instrucciones y los documentos que el cargador y el porteador se entregan unos a otro en virtud de los artículos 7.2 y 7.3 deben facilitarse oportunamente, y deben ser exactos y completos.

114. La seguridad y el éxito en el transporte de las mercancías puede depender en gran medida de la cooperación entre las partes. Es de importancia primordial que la información, etc., que las partes requieren razonablemente para el viaje sea exacta y completa. Cada parte tiene que estar en condiciones de confiar en las informaciones que le da la otra parte sin tener que comprobar primero si son exactas y si están completas. Es también importante desde el punto de vista de la seguridad que la información no solamente sea correcta en un sentido objetivo, sino que sea también apropiada en relación con la finalidad prevista y conocida. No está de más dar un ejemplo: una descripción de las mercancías que van a transportarse, que por lo demás sea fiable, no será exacta ni estará completa si las mercancías son peligrosas y su carácter peligroso no puede deducirse por la descripción que da el cargador. En una sociedad de la información, a menudo no se dispone de tiempo ni de dinero para efectuar comprobaciones del carácter exacto o completo de la información.

7.5 El cargador y el porteador son responsables cada uno respecto del otro, respecto del consignatario y respecto de la parte controladora por toda pérdida o daño debidos a que una de las partes no haya cumplido sus obligaciones respectivas en virtud de los artículos 7.2, 7.3 y 7.4.

115. La responsabilidad de las partes que han facilitado información errónea o incompleta es una responsabilidad estricta. En principio, ninguna de las partes tiene disculpa si no ha cumplido esa obligación.

7.6 El cargador es responsable respecto del porteador por toda pérdida, daño o lesión causada por las mercancías y por toda infracción de sus obligaciones en virtud del artículo 7.1, a no ser que el cargador pruebe que dicha pérdida o dicho daño fueron causados por sucesos o por circunstancias que un cargador diligente no puede evitar o cuyas consecuencias un cargador diligente no puede prevenir.

116. La opinión mayoritaria es que la responsabilidad del cargador por los daños causados por las mercancías (y por la falta de cumplimiento de sus obligaciones en virtud del artículo 7.1) debe basarse en que ha cometido una falta y debe dar por resultado la inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, hay una opinión minoritaria según la cual la responsabilidad estricta por los daños causados por mercancías peligrosas, como se prevé en el artículo IV.6 de las Reglas de La Haya-Visby y en el artículo 13 de las Reglas de Hamburgo, debe mantenerse. La opinión mayoritaria es que la distinción entre mercancías ordinarias y mercancías peligrosas o mercancías contaminantes es obsoleta. El que determinadas mercancías sean peligrosas puede depender de las circunstancias. Las mercancías que no son peligrosas pueden convertirse en mercancías peligrosas en determinadas circunstancias, y las mercancías que son peligrosas (por ejemplo, tóxicas o explosivas) pueden dejar de serlo cuando están debidamente embaladas, manipuladas y transportadas en un buque apropiado. La noción de "peligroso" es una noción relativa. La mayoría estima que lo fundamental del régimen de responsabilidad de un cargador debe ser que el riesgo de que se produzca un daño imputable a la naturaleza del cargamento debe recaer en el cargador y que todo daño causado por una manipulación o un transporte defectuosos debe regularse según las normas que rigen la responsabilidad del porteador.

117. Otra cuestión es la de determinar la forma de ocuparse de las mercancías que puedan convertirse en un peligro para la vida humana, los bienes o el medio ambiente durante el viaje. Se puede estimar que un capitán (u otra persona efectivamente responsable de las mercancías) tiene que disponer de amplias facultades discrecionales para tratar de dichas mercancías en las circunstancias mencionadas sin tener en cuenta la cuestión de la responsabilidad. Esta cuestión se examina en los artículos 5.3 y 6.1.3 ix). Con arreglo a los presentes artículos lo mismo da que las mercancías se transporten con el consentimiento o sin el consentimiento del porteador (véase el artículo IV, regla 6 de las Reglas de La Haya-Visby). El artículo 13.4 de las Reglas de Hamburgo tampoco establece una distinción a ese respecto.

> 7.7 Si una persona identificada como "cargadora" en los datos del contrato, aunque no sea el cargador según se define en el artículo 1.19, acepta el documento de transporte o el documento electrónico, esa persona a) quedará sujeta a las responsabilidades y las obligaciones impuestas al cargador en virtud del presente capítulo y en virtud del artículo 11.5, y b) tendrá derecho a disfrutar de los derechos y de las inmunidades del cargador estipulados en el presente capítulo y en el capítulo 13.

118. El presente artículo debe leerse en relación con las definiciones de porteador, cargador, consignador y las disposiciones del artículo 8.1.

119. El porteador y el cargador están definidos como las personas que son parte en el contrato de transporte. En esa calidad tienen determinados derechos y asumen determinadas responsabilidades. La mencionada definición de cargador deja pendiente la cuestión de la forma de tratar la situación de 1) el vendedor "FOB", 2) el agente que no sea el cargador pero que a pesar de ello está mencionado como cargador en el documento de transporte, y 3) la persona que efectivamente entrega las mercancías al porteador en los casos en que dicha persona no sea una de las mencionadas en 1) y 2).

120. En cuanto a 3), la definición de “consignador” incluye a esa persona. Esa persona no tiene responsabilidad alguna en virtud del presente artículo 7.7 ni en virtud del artículo 11.5. Su único derecho es obtener un recibo de conformidad con el artículo 8.1, del porteador o del porteador efectivo a quien entrega efectivamente las mercancías.

121. El vendedor “FOB” suele cumplir los requisitos del presente artículo 7.7 en el sentido de que se menciona al vendedor como cargador en el documento y además ha aceptado el documento. Por consiguiente, ese vendedor “FOB” quedará sujeto a las disposiciones del presente artículo. Además, si se utiliza un documento negociable, el vendedor se convertirá en el primer tenedor y poseerá todos los derechos y obligaciones de un tenedor, incluido el derecho de control. Si se pide un documento no negociable, dicho vendedor “FOB” tendrá derecho a incoar pleito en virtud del artículo 13 y tendrá derecho de control si el comprador “FOB” (tanto si es el consignatario como si es el cargador) así se lo notifica al porteador.

122. La situación del agente que no sea el cargador (según se ha definido) pero que esté mencionado como cargador en el documento, sólo puede plantearse cuando dicho agente, expresa o implícitamente, está autorizado por el cargador (según se ha definido) a ser dicho “cargador documental”. Si dicho agente acepta el documento, su posición es la misma que la que se ha expuesto en relación con el vendedor “FOB”. Su otra alternativa es no aceptar el instrumento.

7.8 El cargador es responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la cual ha delegado la ejecución de cualquiera de sus responsabilidades con arreglo al presente capítulo, con inclusión de sus subcontratistas, empleados, agentes, y cualquier otra persona que obre, directa o indirectamente, por petición suya, o bajo su supervisión o control, como si dichos actos u omisiones fueran los suyos propios. La responsabilidad recae en el cargador con arreglo a la presente disposición únicamente cuando los actos u omisiones de la persona de que se trate estén dentro del ámbito del contrato o empleo de dicha persona o de su representación.

123. El fondo de la presente disposición se basa en el artículo 8.2 del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior (CMNI), pero la redacción se ha adaptado a la del artículo 6.3.2 b).

8. DOCUMENTOS DE TRANSPORTE Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

8.1 Emisión del documento de transporte o del documento electrónico

Al entregar las mercancías a un porteador o a una parte ejecutante

i) El consignador tiene derecho a obtener un documento de transporte o, si el porteador está de acuerdo, un documento electrónico que pruebe que el porteador o la parte ejecutante han recibido las mercancías;

ii) El cargador o, si el cargador se lo indica así al porteador, la persona mencionada en el artículo 7.7, tiene derecho a obtener del porteador un documento de transporte negociable apropiado, a no ser que el cargador y el porteador, expresa o implícitamente, hayan convenido en no utilizar un

documento de transporte negociable, o que la costumbre, el uso o la práctica del comercio sea no utilizar dicho documento. Si con arreglo al artículo 2.1 el porteador y el cargador han convenido en utilizar un documento electrónico, el cargador tiene derecho a obtener del porteador un documento electrónico negociable a no ser que hayan convenido en no utilizar un documento electrónico negociable o que la costumbre, el uso o la práctica del comercio sea no utilizarlo.

124. El primer inciso especifica que el consignador, según se define en el artículo 1.3, tiene derecho a recibir un documento que confirme la entrega efectiva de las mercancías al porteador o a la parte ejecutante. Si el consignador no es el cargador o la persona mencionada en el artículo 7.7, puede necesitar dicho recibo en sus relaciones con cualquiera de esas personas.

125. El segundo inciso se basa en las Reglas de La Haya y las Reglas de Hamburgo, que requieren que el porteador emita un conocimiento de embarque negociable al cargador si éste lo pide. Hay opiniones diversas en cuanto a si el "cargador" (que es la contraparte contractual del porteador) o el "consignador" (que es la persona que entrega exclusivamente las mercancías al porteador) deben tener derecho a recibir un documento de transporte o un documento electrónico emitido en virtud del presente párrafo. En muchos casos, uno y otro serán la misma persona, y no se planteará esta cuestión. Ahora bien, en caso de que se trate de un envío "FOB" en la cual el consignador paga el flete por cuenta del consignatario-cargador, los dos serán dos personas diferentes. Si la relación entre el consignador y el cargador se rompe, los dos podrán pedir un documento de transporte o un documento electrónico emitido en virtud del inciso ii). Por otra parte, parece lógico dar al cargador contratante el derecho a controlar lo que puede exigir en virtud del contrato de transporte. Es cierto que dando un documento de transporte negociable al cargador se puede menoscabar el ejercicio del derecho del consignador a percibir un pago por el envío. El texto actual adopta el argumento citado en primer lugar, pero quizá sea apropiado seguir analizando esta cuestión. Algunos, por ejemplo, han sugerido que el porteador no emita un documento de transporte negociable o un documento electrónico en virtud del inciso ii) a no ser que se le devuelva el recibo expedido en virtud del inciso i). Otros han hecho observar que esta solución no resolvería el problema planteado; lo único que haría es retrasarlo (y aumentar la importancia del recibo expedido con arreglo al inciso i)).

126. El segundo inciso dispone asimismo que el cargador y el porteador pueden convenir en no utilizar un documento de transporte negociable o un documento electrónico. Además, aclara que dicho acuerdo puede ser implícito, lo que permitiría que un porteador ofreciera un servicio en el cual el cargador no podría exigir un documento de transporte negociable. Además, en algunas transacciones es sumamente raro que los cargadores pidan un documento negociable, o bien un documento negociable sería inútil, por ejemplo, en viajes cortos de transbordadores. Por lo tanto, si la costumbre, el uso o la práctica del comercio fuera no utilizar documentos negociables, el porteador no tendría por qué utilizarlos (aunque el cargador pidiera un documento de ese tipo).

127. La referencia se centra deliberadamente en una costumbre, un uso o una práctica "del comercio" y no "del lugar en el que se emite el documento de transporte o el documento electrónico". A menudo es difícil saber dónde se ha emitido un documento de transporte o un documento electrónico, y ese lugar sería

fácil de manipular. Los documentos de transporte o documentos electrónicos se pueden expedir en una oficina muy alejada situada en un lugar que no tenga ninguna otra conexión con el contrato sencillamente para aprovechar la existencia de costumbres, usos o prácticas favorables.

8.2 Datos del contrato

8.2.1 Los datos del contrato que figuran en el documento o documento electrónico mencionado en el artículo 8.1 tienen que incluir

a) Una descripción de las mercancías;

b) Las marcas de identificación necesarias para identificar las mercancías como mercancías proporcionadas por el cargador antes de que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías;

c) i) el número de bultos, el número de piezas, o la cantidad, y

ii) el peso que ha comunicado el cargador antes de que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías;

d) Una declaración de que las mercancías están en buen orden y estado aparentes en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibe para transportarlas;

e) El nombre y la dirección del porteador; y

f) La fecha:

i) en que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías, o

ii) en la cual las mercancías fueron cargadas a bordo del buque, o

iii) en que el documento de transporte o el documento electrónico han sido expedidos.

128. El artículo 8.2.1 a) introduce un requisito que no aparece explícitamente en las convenciones internacionales vigentes, pero que corresponde a una práctica universal de la industria. Como cuestión práctica, redunda en interés de ambas partes incluir una descripción de las mercancías en los datos del contrato.

129. El artículo 8.2.1 b) y c) corresponde generalmente a la práctica y la legislación vigentes en la mayor parte de los países, así como a los regímenes internacionales en vigor. Las disposiciones modifican la legislación vigente en un aspecto: la obligación del porteador de incluir la información facilitada por el cargador no está limitada por ninguna excepción cuando el porteador carece de medios razonables de comprobar la información. Con arreglo a la legislación vigente, el porteador puede (en teoría) omitir sencillamente dicha información en los datos del contrato si carece de medios razonables de comprobar que es exacta. En virtud del artículo 8.2.1 b) y c), el porteador tiene que incluir la información facilitada por el cargador en los datos del contrato aunque carezca de medios razonables de comprobar que es exacta (ahora bien, el porteador puede proteger sus intereses mediante la inserción de una cláusula apropiada en virtud del artículo 8.3).

130. El artículo 8.2.1 b) omite también el requisito de que “las marcas tienen que estar estampadas o si no tienen que ser claramente visibles en las mercancías que no

estén tapadas, o en las cajas o en el embalaje en que están contenidas las mercancías, de forma que normalmente deberían seguir siendo legibles hasta el final del viaje". En vista de la modificación antes mencionada (que significa que el porteador tiene que incluir informaciones facilitadas por el cargador aunque carezca de medios razonables de comprobar su exactitud), no parece apropiado permitir que el porteador omita la información facilitada por el cargador en relación con las marcas si el porteador cree que las marcas quizá no sigan siendo legibles hasta al final del viaje. Una vez más, el porteador tiene la posibilidad de proteger sus intereses mediante una cláusula apropiada en virtud del artículo 8.3. Es poco probable que este cambio pueda producir alguna diferencia en la práctica.

131. Por lo que se refiere al artículo 8.2.1 b) y c), el cargador tiene que facilitar la información necesaria por escrito antes de que el porteador reciba las mercancías; no basta con facilitar la información antes de que el porteador expida el documento de transporte o el documento electrónico. Por lo que se refiere al artículo 8.2.1 c), los datos del contrato tienen que incluir toda la información enumerada facilitada por el cargador (por ejemplo el número de bultos y el peso); no basta con incluir solamente una de las partidas de la lista (por ejemplo el número de bultos o el peso) si el porteador desea una información más completa.

132. El artículo 8.2.1 d) confirma el entendimiento que se expresa claramente en los *travaux préparatoires* de las Reglas de La Haya y que se ha expuesto en subsiguientes convenciones internacionales. Los tribunales de algunos países se han desviado de ese principio.

133. El artículo 8.2.1 e) da efecto a la opinión de que el porteador debe ser identificado en el documento de transporte.

134. El artículo 8.2.1 f) brinda al porteador la posibilidad de elegir entre tres fechas diferentes que se pueden incluir en los datos del contrato.

> 8.2.2 Las palabras "buen orden y estado aparentes" de las mercancías del artículo 8.2.1 se refieren al orden y buen estado de las mercancías sobre la base de
>
> a) Una inspección externa razonable de las mercancías según estén embaladas en el momento en que el cargador se las entrega al porteador o a una parte ejecutante, y
>
> b) Cualquier inspección adicional que el porteador o una parte ejecutante realice efectivamente antes de expedir el documento de transporte o el documento electrónico.

135. El artículo 8.2.2 ofrece un componente objetivo y un componente subjetivo de las palabras "buen orden y estado aparentes de las mercancías". En virtud del artículo 8.2.2 a), el porteador no tiene la obligación de inspeccionar las mercancías con más minucia que la que corresponde a una inspección externa razonable de las mercancías según estén embaladas en el momento en que el consignador se las entregue al porteador o una parte ejecutante. Si las mercancías no están embaladas, los datos del contrato tendrán que describir el orden y estado de las mercancías propiamente dichas. En cambio, si las mercancías están embaladas, la declaración relativa al orden y estado se referirá principalmente al embalaje (a no ser que el orden y el estado de las mercancías propiamente dichas se puedan determinar a través del embalaje). En el caso de las mercancías en contenedores, en particular, la

declaración del orden y estado es sumamente improbable que se refiera a las mercancías propiamente dichas si el cargador ha entregado un contenedor cerrado que el porteador no ha podido abrir antes de expedir el documento de transporte.

136. Ahora bien, con arreglo al artículo 8.2.2 b), si el porteador o una parte ejecutante efectúa efectivamente una inspección más minuciosa (por ejemplo, si inspecciona el contenido de los bultos o si abre un contenedor cerrado), entonces el porteador será responsable por lo que la inspección haya podido revelar.

8.2.3 Firma

a) Un documento de transporte estará firmado por el porteador o una persona que el porteador haya autorizado para ello.

b) Un documento electrónico estará autenticado por la firma electrónica del porteador o de una persona que el porteador haya autorizado para ello. A efectos de la presente disposición, por firma electrónica se entenderá datos en forma electrónica incluidos en el documento electrónico, o de lo contrario asociados lógicamente con él, que se utilicen para identificar al firmante en relación con el documento electrónico y para indicar la autorización del porteador respecto del documento electrónico.

137. El artículo 8.2.3 da efecto a la opinión incontestable de que un documento de transporte debe ir firmado, y que un documento electrónico debe estar autenticado de forma comparable. La definición de firma electrónica se ha tomado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas, 2001, con las adaptaciones necesarias para que el significado apetecido encaje en el marco de la presente disposición.

8.2.4 Omisiones del contenido requerido en los datos de contrato

La ausencia de uno o más de los datos del contrato mencionados en el artículo 8.2.1, o la inexactitud de uno o más de dichos datos, no afecta de por sí al carácter o validez jurídicos del documento de transporte o del documento electrónico.

138. El artículo 8.2.4 da efecto a la opinión incontestable de que la validez del documento de transporte o del documento electrónico no depende de la inclusión de los datos que deberían estar incluidos. Por ejemplo, un conocimiento de embarque que no esté fechado seguirá siendo válido, aunque un conocimiento de embarque debe estar fechado. El artículo 8.2.4 amplía también la doctrina en que se basa la opinión incontestable y afirma que la validez del documento de transporte o del documento electrónico no depende de la exactitud de los datos del contrato que deberían estar incluidos. En virtud de esa ampliación, por ejemplo, un conocimiento de embarque que lleve una fecha errónea seguiría siendo válido, aunque un conocimiento de embarque debe estar fechado con exactitud.

139. El artículo 8.4.3 trata de las consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8.2.1 d).

8.3 Limitaciones relativas a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

8.3.1 En las circunstancias que se indican a continuación, el porteador, si obra de buena fe cuando emite un documento de transporte o un documento

electrónico, puede precisar la información mencionada en los artículos 8.2.1 b) u 8.2.1 c) con una cláusula apropiada que indique que el porteador no asume la responsabilidad por la exactitud de la información facilitada por el cargador:

a) En el caso de las mercancías no transportadas en contenedores

i) si el porteador puede demostrar que carecía de medios razonables para verificar la información facilitada por el cargador, puede incluir una cláusula apropiada limitativa en los datos del contrato, o

ii) si el porteador estima razonablemente que la información facilitada por el cargador es inexacta, puede incluir una cláusula que indique lo que considera que es una información razonablemente exacta.

b) En el caso de las mercancías entregadas al porteador en un contenedor cerrado, el porteador podrá incluir una cláusula limitativa apropiada en los datos del contrato respecto:

i) de las marcas de identificación en las mercancías que van en el interior del contenedor, o

ii) del número de bultos, el número de piezas, o la cantidad de mercancías que van en el interior del contenedor,

a menos que el porteador o una parte ejecutante inspeccione efectivamente las mercancías que van dentro del contenedor u obtenga de otra forma un conocimiento efectivo de lo que contiene el contenedor.

c) En el caso de las mercancías entregadas al porteador o a una parte ejecutante en un contenedor cerrado, el porteador podrá limitar el alcance de toda declaración del peso de las mercancías o del peso de un contenedor y su contenido mediante una declaración explícita de que el porteador no ha pesado el contenedor

i) si el porteador puede mostrar que ni el porteador ni una parte ejecutante han pesado el contenedor, y

ii) si el porteador y el cargador no han convenido antes del transporte en que el contenedor debía pesarse y en que el peso debía figurar entre los datos del contrato.

140. El artículo 8.3.1 corresponde generalmente a la legislación y la práctica vigentes en la mayor parte de los países. Aunque la legislación vigente permite generalmente al porteador que se proteja omitiendo de los datos del contrato una descripción de las mercancías que no puede verificar, dicha protección carece esencialmente de sentido en la práctica. Aunque el porteador no pueda verificar la descripción, el porteador típico seguirá recibiendo un documento de transporte o un documento electrónico que describa las mercancías a fin de recibir el pago con arreglo al contrato de venta. O sea que las presiones comerciales privan al porteador de una forma de protección que está claramente reconocida por el derecho vigente. Las cláusula limitativas representan tentativas del porteador por volver a disfrutar de dicha protección. Ejemplos comunes de las cláusulas limitativas son, por ejemplo, “que se dice contiene” y “pesadas y contadas por el cargador”. Otras

cláusulas limitativas pueden también ser eficaces, según las necesidades particulares del caso.

141. Las normas para la inclusión de una cláusula limitativa con arreglo al artículo 8.3.1 a) y b) son similares en general a las que figuran en el artículo III.3 de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby y en el artículo 16.1 de las Reglas de Hamburgo, salvo que el presente artículo suprime el texto de las Reglas de La Haya y de las Reglas de Hamburgo que dispensa al porteador de la inclusión de informaciones que de lo contrario tendría que incluir, si hay motivos razonables para sospechar que la información facilitada por el cargador no refleja con exactitud las mercancías. Si el porteador tiene motivos razonables para sospechar que la información facilitada por el cargador no refleja exactamente las mercancías, el porteador tiene la obligación de verificar la información si tiene a su disposición un medio razonable de hacerlo. O sea que se dispensaría al porteador de la obligación de incluir la información que de otra forma sería necesaria solamente si no dispone de medios razonables para verificarla. Por lo tanto la excepción basada en una sospecha razonable es superflua.

142. Las cláusulas referentes al peso de las mercancías que están en contenedores plantean problemas especiales. En algunos puertos, sencillamente no hay instalaciones para pesar contenedores cargados. En dichos casos, es cosa fácil para el porteador demostrar que carecía de medios razonables de verificar la información sobre el peso facilitada por el cargador. Ahora bien, incluso en los puertos en los que existen instalaciones para pesar contenedores y se pueden utilizar dichas instalaciones, a menudo lo acostumbrado es cargar contenedores sin pesarlos. A veces eso se debe a que el tiempo transcurrido pesando contenedores retrasaría la salida del buque (particularmente cuando el cargador entrega el contenedor al porteador poco tiempo antes de la salida del buque). A menudo eso es así porque el peso carece de importancia comercial y porque el tiempo y el costo de pesar un contenedor no está justificado porque no origina ningún beneficio comercial. En cambio, en otros casos el peso reviste importancia comercial y se debe permitir que el consignatario se base en la declaración de peso que figura en el documento de transporte a no ser que sea evidente que el porteador realmente no ha pesado el contenedor.

143. En vista de esos problemas especiales que plantea la utilización de cláusulas limitativas respecto del peso de mercancías transportadas en contenedor, el artículo 8.3.1 c) trata concretamente de la cuestión en una forma muy particular. Exige una clara declaración de que el porteador realmente no ha pesado el contenedor. El porteador puede incluir dicha declaración únicamente si es cierta (es decir, si el porteador no ha pesado el contenedor) y si el cargador y el porteador no han convenido por escrito con antelación al transporte que el contenedor va a pesarse y que el peso se indicaría entre los datos del contrato. El artículo 8.3.1 c) ii) reconoce que en algunos casos el peso del contenedor reviste importancia comercial, y que en dichos casos el cargador puede legítimamente insistir en que se indique el peso en el documento de transporte sin que haya una cláusula limitativa. Un cargador puede proteger ese interés legítimo concertando un acuerdo explícito antes del transporte (por ejemplo, en la reserva de flete). Ahora bien, a falta de dicho acuerdo previo, el porteador puede dar por sentado que el peso del contenedor carece de importancia comercial. En tal caso un porteador puede cargar el contenedor sin pesarlo, y todo peso indicado en el documento de transporte puede

ser objeto de una cláusula limitativa, sin necesidad de probar que el porteador carecía de todo medio razonable de comprobar el peso indicado por el cargador.

144. El artículo 8.3.1 a) ii) y el artículo 8.3.1 b) reconocen también que el porteador también puede proporcionar información exacta si estima que la información facilitada por el cargador no lo es.

8.3.2 Medios razonables de verificación

A los efectos del artículo 8.3.1:

a) Un "medio razonable de verificación" tiene que ser no solamente practicable físicamente sino también razonable comercialmente;

b) Un porteador "obra de buena fe" cuando expide un documento de transporte o un documento electrónico si

i) el porteador no tiene conocimiento efectivo de que ninguna declaración material en el documento de transporte o en el documento electrónico sea materialmente falsa o induzca en error, y

ii) el porteador no ha dejado intencionadamente de determinar si una declaración material en el documento de transporte o en el documento electrónico es materialmente falsa o induce en error porque estima que la declaración será probablemente falsa o inducirá en error.

c) La carga de la prueba, si un porteador ha obrado de buena fe al emitir un documento de transporte o un documento electrónico, recae en la parte que alega que el porteador no ha obrado de buena fe.

145. El artículo 8.3.2 a) aclara el significado de "medio razonable de verificación". La apertura de un contenedor sellado o la descarga de un contenedor para inspeccionar el contenido, por ejemplo, no sería razonable comercialmente, aunque pueda ser físicamente practicable en algunas circunstancias. Un porteador que emita un documento de transporte o un documento electrónico tendrá siempre la posibilidad de admitir con reservas la descripción de las mercancías entregadas por el cargador en el interior de un contenedor sellado, a no ser que el porteador tenga algún medio físicamente práctico y comercialmente razonable de verificar la información facilitada por el cargador (que tendría que ser algo diferente de la simple apertura del contenedor). Por ejemplo, si el porteador tiene un agente presente cuando el cargador llenó el contenedor, y ese agente verificó la exactitud de la información del cargador durante la carga, entonces el porteador no podrá acoger con reservas la descripción de las mercancías.

146. El artículo 8.3.2 c) aclara el significado de "buena fe". El artículo 8.3.2 c) impone la carga de la prueba de falta de buena fe a la parte que alegue que el porteador no obró de buena fe.

8.3.3 Prueba concluyente y prueba semiconcluyente

A reserva de lo que se disponga en el artículo 8.3.4, un documento de transporte o un documento electrónico que prueba la recepción de las mercancías es

a) Prueba semiconcluyente de que el porteador ha recibido las mercancías según se describían en los datos del contrato;

b) Prueba concluyente de que el porteador ha recibido las mercancías según se describían en los datos del contrato

[i)] si un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable ha sido transferido a una tercera parte obrando de buena fe [o

ii) si una persona obrando de buena fe ha concedido valor o ha modificado de otra forma su posición confiando en la descripción de las mercancías en los datos del contrato].

147. El artículo 8.3.3 a) confirma sencillamente una regla ampliamente reconocida según la cual, en general, un documento de transporte o un documento electrónico que prueban que un porteador ha recibido las mercancías son pruebas semiconcluyentes de que las mercancías eran tal y como se describía en los datos del contrato.

148. El artículo 8.3.3 b) reconoce que, a fin de proteger a terceros inocentes que confían en las descripciones de los documentos de transporte y de los documentos electrónicos, un documento de transporte o un documento electrónico en algunas circunstancias no es sencillamente una prueba semiconcluyente sino una prueba concluyente. Hay amplio apoyo en favor del artículo 8.3.3 b) i), que protege al tenedor de un documento de transporte negociable o un documento electrónico.

149. Sin embargo, también hay apoyo en favor del artículo 8.3.3 b) ii), que protege a toda persona que obrando de buena fe conceda valor o modifique de otra forma su posición por confiar en la descripción de las mercancías en los datos del contrato, independientemente de que el documento de transporte o el documento electrónico sean o no sean negociables. Por ejemplo, si un vendedor “fob” organiza el transporte por cuenta del comprador “fob”, el comprador es el cargador. El porteador, sin embargo, puede emitir un documento de transporte no negociable al vendedor, y el comprador puede abonar el precio de la compra al vendedor confiando en la descripción de las mercancías en el documento de transporte.

8.3.4 Efecto en las cláusulas de limitación

Si los datos del contrato incluyen una cláusula de limitación que cumple los requisitos estipulados en el artículo 8.3.1, entonces el documento de transporte no constituirá una prueba semiconcluyente o una prueba concluyente con arreglo al artículo 8.3.3 en la medida en que la descripción de las mercancías está subordinada a una cláusula de limitación.

150. El artículo 8.3.4 describe sencillamente el efecto de una cláusula de limitación que cumple los requisitos del artículo 8.3.1. Una cláusula de limitación no prevalece necesariamente sobre la prueba semiconcluyente o concluyente de la descripción completa de las mercancías. Una cláusula de limitación como por ejemplo “el peso dado por el cargador” no afectará al valor de evidencia de una descripción de las mercancías en la medida en que enumere el número de bultos de transporte o describa sus marcas de identificación.

151. En virtud de la presente disposición, todas las cláusulas de limitación son efectivas según sus propios términos si cumplen los requisitos del artículo 8.3.1.

Esta conclusión se acepta generalmente por lo que se refiere a mercancías no transportadas en contenedores, pero difieren las opiniones sobre si el porteador debe tener derechos igualmente extensos por lo que se refiere a las mercancías transportadas en contenedores.

152. Algunos opinan que hay distinciones muy claras entre las expectativas comerciales por lo que se refiere a las mercancías transportadas en contenedor y las no transportadas en contenedor. La actitud clásica del porteador para confiar en una cláusula limitativa y soslayar la responsabilidad en caso de mercancías transportadas en contenedor es que el porteador entrega al consignatario exactamente lo que ha recibido del cargador: un contenedor cerrado (cuyo contenido no se puede verificar). Cabe alegar que tan pronto como el porteador entrega algo diferente (por ejemplo, un contenedor que está dañado de forma tal que puede haber originado la pérdida o el daño a las mercancías o un contenedor que ha sido abierto indebidamente durante el viaje), la situación cambia. En tal caso el porteador ya no puede establecer la misma cadena de custodia. Además, parecería que algo se hizo equivocadamente mientras que el contenedor se hallaba bajo la custodia del porteador. El derecho del consignatario a confiar en la descripción de las mercancías en los datos de un contrato es, en consecuencia, mucho más fuerte. Un proyecto que refleje esas opiniones podría revisar el artículo actual para estipular lo siguiente:

153. “Si los datos del contrato incluyen una cláusula limitativa, entonces el documento de transporte no constituirá prueba semiconcluyente o prueba concluyente con arreglo al artículo 8.3.3, en la medida en que la descripción de las mercancías está calificada meditativamente por la cláusula cuando la cláusula sea “efectiva” con arreglo al artículo 8.3.5”.

154. Quizá fuera necesario añadir un nuevo artículo 8.3.5 que podría estipular lo siguiente:

“Una cláusula limitativa en los datos del contrato es efectiva a los efectos del artículo 8.3.4 en las siguientes circunstancias:

a) Para mercancías que no se transporten en contenedores, una cláusula limitativa que cumpla los requisitos del artículo 8.3.1 será efectiva según sus propios términos.

b) Para las mercancías que se transporten en un contenedor cerrado, una cláusula limitativa que cumpla los requisitos del artículo 8.3.1 será efectiva según sus propios términos si

i) el porteador o una parte ejecutante entrega el contenedor intacto y sin daños, excepto por los daños al contenedor que no tuvieran nada que ver con la pérdida o el daño sufridos por las mercancías;

ii) no hay prueba de que después de que el porteador o una parte ejecutante lo recibieran, el contenedor se abrió antes de la entrega, excepto en la medida en que:

a. se abrió un contenedor a efectos de inspección;

b. la inspección se hizo debidamente ante testigos, y

c. el contenedor se volvió a cerrar debidamente después de la inspección, y volvió a sellarse si estaba sellado antes de la inspección."

8.4 Deficiencias en los datos del contrato

8.4.1 Fecha

Si los datos del contrato incluyen la fecha pero no indican debidamente su significado, entonces se considerará que la fecha es:

a) Si los datos del contrato indican que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque, la fecha en la que todas las mercancías indicadas en el documento de transporte o en el documento electrónico quedaron cargadas a bordo del buque; o

b) Si los datos del contrato no indican que las mercancías se cargaron a bordo de un buque, la fecha en la que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías.

155. El artículo 8.4.1 especifica las consecuencias de la inclusión de una fecha en los datos del contrato sin indicar su significado. En el caso de un conocimiento de embarque "a bordo" o de un documento similar o de un documento electrónico que indique que las mercancías se han cargado a bordo de un buque, se considera que la fecha ambigua es la fecha en la que las mercancías se cargaron a bordo del buque. En cambio, en el caso de un conocimiento de embarque que indique "mercancías recibidas para su transporte" u otro documento o documento electrónico que no indique que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque, se considera que la fecha ambigua es la fecha en la que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías.

[8.4.2 Falta de identificación del porteador

Si los datos del contrato no identifican al porteador pero indican que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque determinado, entonces se presumirá que el propietario registrado del buque es el porteador. El propietario registrado puede impugnar esa presunción si prueba que el buque se hallaba bajo contrato con un fletador sin tripulación en el momento del transporte, lo que transfiere la responsabilidad contractual del transporte de las mercancías a un fletador identificado como fletador sin tripulación. [Si el propietario registrado impugna la presunción de que es el porteador en virtud del presente artículo, entonces el fletador sin tripulación en el momento del transporte se presumirá que es el porteador, de la misma forma que el propietario registrado se presume que es el porteador.]]

156. La presente disposición procura resolver el problema con que se enfrenta una persona que quiera ejercer derechos de pleito contra el porteador en virtud del capítulo 13 si el nombre y la dirección del porteador no se indica en los datos del contrato según requiere el artículo 8.2.1 a). Esta cuestión sigue estando muy controvertida, aunque ha sido objeto de considerables debates. Las opiniones están muy divididas acerca de la conveniencia de que cualquier presunción pueda afectar al propietario registrado. Incluso algunos partidarios de la disposición actual estiman que es una solución problemática pero que es la mejor que se puede obtener en las circunstancias actuales.

157. El artículo permite que el propietario registrado impugne la presunción demostrando que el buque se hallaba bajo contrato con un fletador sin tripulación en el momento del transporte e identificando adecuadamente al fletador sin tripulación. El plazo de limitación para una acción contra el fletador sin tripulación se aborda en el artículo 14.5.

158. Con arreglo a la frase final del presente artículo, se presume que el fletador sin tripulación es el porteador "de la misma forma que el propietario registrado se presume que es el porteador". Esto significa, entre otras cosas, que el fletador sin tripulación tendrá la opción de probar que había otro fletador sin tripulación en el momento del transporte. La segunda presunción quizá no pueda obtener aceptación universal en la medida en que es irrefutable salvo por lo que respecta a un subsiguiente fletador sin tripulación.

159. Cuando se trate de un transporte puerta a puerta, la presente disposición podría hacer del propietario del buque que realice la etapa marítima el "porteador"para todo el viaje. Como el conocimiento de embarque puede haber sido emitido por una persona que no posee medios de transporte, eso podría exponer al propietario del buque a una responsabilidad imprevista. Se sugirió que ese resultado debería evitarse exonerando al propietario del buque respecto de los daños ocurrido antes de la carga y después de la descarga del buque. Dar forma escrita a esa protección no sería cosa fácil. Si el propietario de cada medio de transporte fuera considerado como porteador para la parte del transporte de que se ocupa, se podrían plantear graves problemas si la pérdida o el daño ocurrieran mientras las mercancías estaban pasando de un medio de transporte a otro. Si solamente se especificaran adecuadamente algunos de los medios de transporte, entonces nadie podría considerarse como porteador para alguna de las partes del transporte.

8.4.3 Orden y estado aparentes

Si los datos del contrato no indican que las mercancías estaban en buen orden y estado aparentes en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibe del cargador, el documento de transporte o documento electrónico podría considerarse como prueba semiconcluyente o prueba concluyente con arreglo al artículo 8.3.3, según corresponda, de que las mercancías estaban en buen orden y buen estado aparente en el momento en que el cargador se las entregó al porteador o a una parte ejecutante.

9. FLETE

9.1 a) El flete se devenga cuando se entregan las mercancías al consignatario en el momento y el lugar mencionados en el artículo 4.1.3, a no ser que las partes hayan convenido en que el flete se devengue total o parcialmente en un momento anterior.

b) A no ser que se haya convenido en otra cosa, no se devengará flete alguno por las mercancías que se hayan perdido antes de que se devengue el flete por esas mercancías.

9.2 a) El flete se abona cuando se haya devengado, a no ser que las partes hayan convenido en que el flete se abona total o parcialmente en un momento anterior o posterior.

b) Si subsiguientemente al momento en que el flete se ha devengado las mercancías se pierden, resultan dañadas o por otra razón no se entregan al consignatario de conformidad con las disposiciones del contrato de transporte, el flete sigue siendo pagadero independientemente de la causa de dicha pérdida, dicho daño o dicha falta de entrega.

c) A no ser que se convenga en otra cosa, el pago del flete no puede ser objeto de indemnización, deducción o descuento so pretexto de reconvención del cargador o del consignatario contra el porteador, [cuya responsabilidad a ese respecto o la cuantía de dicha responsabilidad no se haya convenido o establecido todavía].

9.3 a) A no ser que se convenga en otra cosa, el cargador es el responsable del flete y otras cargas que se deriven del transporte de las mercancías.

b) Si el contrato de transporte estipula que la responsabilidad del cargador o de cualquier otra persona identificada en los datos del contrato como cargadora cesará total o parcialmente a raíz de un suceso determinado o después de un determinado momento, dicha cesación no será válida:

i) por lo que se refiere a cualquier responsabilidad que en virtud del capítulo 7 corresponda al cargador o a una persona mencionada en el artículo 7.7; o

ii) por lo que se refiere a cualquier cantidad pagadera al porteador con arreglo al contrato de transporte, excepto en la medida en que el porteador posee una seguridad adecuada en virtud del artículo 9.5 o en virtud de otra disposición respecto del pago de dichas cantidades;

iii) en la medida en que contradiga las disposiciones del artículo 12.4.

9.4 a) Si los datos del contrato que figuren en un documento de transporte o en un documento electrónico contienen la declaración “flete pagado de antemano” o una declaración de naturaleza análoga, entonces ni el tenedor ni el consignatario serán responsables del pago del flete. La presente disposición no se aplica si el tenedor o el consignatario es también el cargador.

b) Si los datos del contrato que figuran en un documento de transporte o en un documento electrónico contienen la declaración “flete pagadero” o una declaración de naturaleza análoga, dicha declaración indica al consignatario que puede ser responsable del pago del flete.

9.5 a) [Independientemente de cualquier acuerdo que se haya concertado en sentido contrario,] si con arreglo a la legislación nacional aplicable al contrato de transporte el consignatario es responsable de los pagos que se mencionan a continuación, y en la medida en que lo sea, el porteador tiene derecho a retener las mercancías hasta que el pago de:

i) flete, flete falso, sobreestadía, daños por detención y todos los demás costos reembolsables en que haya incurrido el porteador en relación con las mercancías,

ii) todos los daños debidos al porteador en virtud del contrato de transporte,

iii) toda contribución por avería gruesa debida al porteador en relación con las mercancías

se haya efectuado, o se haya proporcionado una seguridad adecuada de que dicho pago se efectuará.

b) Si el pago a que se refiere el apartado a) del presente artículo no se ha efectuado o no se ha efectuado en su totalidad, el porteador tiene derecho a vender las mercancías (según el procedimiento, si lo hubiere, previsto por la legislación nacional aplicable) y a liquidar las cantidades que se le debieran (incluido el costo de dicho recurso) con cargo al producto de dicha venta. Todo lo que quede del producto de dicha venta se pondrá a disposición del consignatario.

10. ENTREGA AL CONSIGNATARIO

160. La cuestión de la entrega sólo se trata hasta cierto punto en las convenciones vigentes en materia de transporte marítimo. El presente artículo proporciona únicamente algunas normas sobre esta cuestión. No pretende resolver todos los problemas que se planteen en relación con la cuestión de la entrega.

161. El problema principal estriba en que a menudo las mercancías llegan a su lugar de destino sin que haya nadie esperando para recibirlas. En particular, se plantean problemas si se ha emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable. El buen funcionamiento del sistema de conocimientos de embarque se basa en el supuesto de que el tenedor del documento se lo presente al porteador cuando lleguen las mercancías a su destino y que subsiguientemente el porteador entregue las mercancías a dicho tenedor cuando le devuelva el documento. Sin embargo, con frecuencia el documento negociable no está disponible cuando las mercancías llegan a su destino. Esto puede deberse a toda clase de motivos comerciales, como por ejemplo el hecho de que el plazo de crédito de los arreglos de financiación respecto de las mercancías sea más largo que el viaje, o puede ser resultado de la lejanía del lugar de destino o puede deberse a obstáculos burocráticos. A pesar de ello, el porteador tiene que estar en condiciones de disponer de las mercancías al final del viaje. No se puede forzar al porteador a correr con los riesgos y costos adicionales relacionados con la continuación de la custodia de las mercancías. También puede suceder que no haya instalaciones de almacenamiento adecuadas en el lugar de destino. Si en esos casos el porteador entrega las mercancías a alguien que no sea (todavía) el tenedor del documento negociable, se coloca en una situación arriesgada, pues la promesa que ha hecho por conducto del conocimiento de embarque es que va a entregar las mercancías al tenedor de dicho documento. Por otra parte, un tenedor ha de poder tener la seguridad de que proporciona un documento negociable. Quizá el tenedor haya pagado por las mercancías o quizá haya proporcionado la financiación para las mercancías a cambio de una promesa hecha en el documento. Puede considerar con toda razón al documento de transporte negociable como “la llave de las mercancías”.

162. El presente artículo procura buscar un equilibrio entre esos dos intereses legítimos. No impone al porteador la obligación de entregar las mercancías únicamente si se le devuelve el documento. La práctica actual se desvía demasiado de cualquiera de esas obligaciones para que puedan resultar obligatorias. En lugar de ello, el artículo tiene en cuenta la doble función de un documento de transporte negociable: es tanto un contrato de transporte en la verdadera acepción de la expresión como un documento de propiedad. Las partes tienen que respetar esas dos funciones. Cuál de ellas prevalecerá es cosa que depende de las circunstancias del caso. El presente artículo no brinda más que algunas normas generales.

> 10.1 Cuando las mercancías han llegado a su destino, el consignatario que ejerce cualquiera de sus derechos en virtud del contrato de transporte aceptará la entrega de las mercancías en el momento y el punto mencionados en el artículo 4.1.3. Si el consignatario, infringiendo esa obligación, deja las mercancías en la custodia del porteador o de la parte ejecutante, el porteador o la parte ejecutante actuarán respecto de las mercancías como si fueran agentes del consignatario, pero sin asumir responsabilidad alguna por daño o pérdida de dichas mercancías, a no ser que la pérdida o el daño se deban a un acto u omisión personal del porteador efectuado con la intención de causar dicha pérdida o dicho daño, o sin el debido cuidado, a sabiendas de que se producirá probablemente dicha pérdida o dicho daño.

163. De conformidad con el artículo 5.1 el porteador está obligado a entregar las mercancías al consignatario. No se incluye una disposición correspondiente en el sentido de que el consignatario está obligado a hacerse cargo de las mercancías, porque en la práctica vigente se acepta que un consignatario no necesite hacerse cargo de las mercancías. Solamente estará obligado a hacerlo si un consignatario ejerce algún derecho en virtud del contrato de transporte; si el consignatario no hace nada, no tendrá obligación de hacerse cargo de las mercancías. Véase también el artículo 12.2.

164. La consecuencia de no hacerse cargo, cuando existe la obligación para el consignatario de hacerlo, es que el porteador ya no es responsable en la práctica de la pérdida o de los daños de las mercancías. La consecuencia de no hacerse cargo de las mercancías, cuando no existe la correspondiente obligación, se elabora en los artículos 10.3 y 10.4.

> 10.2 A petición del porteador o de la parte ejecutante que entregue las mercancías, el consignatario confirmará la entrega de las mercancías por el porteador o la parte ejecutante en la forma que sea habitual en el lugar de destino.

165. De hecho, muchos porteadores piden alguna forma de prueba escrita del consignatario de que el porteador ha entregado las mercancías. La presente disposición brinda una base jurídica para dicha usanza.

166. Si se ha expedido un documento de transporte negociable, a menudo el cumplimiento del papel que corresponde al documento queda probado por la firma del último tenedor del documento en su reverso.

> 10.3.1 Si no se ha expedido un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable:

i) La parte controladora comunicará al porteador, antes de la llegada de las mercancías al lugar de destino o cuando lleguen, el nombre del consignatario.

ii) El porteador entregará las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 4.1.3 al consignatario previa presentación por el consignatario de la prueba de su identidad.

167. La presente disposición se aplica cuando no se ha expedido un documento o un documento electrónico negociables y cuando no se utiliza documento alguno, sea en un sistema de comunicación escrita, era en un sistema electrónico. En esos casos, no hay "doble función" del contrato de transporte. En principio corresponde a la parte con la que el porteador concertó el contrato, o a la parte controladora si se trata de una persona diferente de la parte contratante, el velar por que las mercancías se puedan entregar.

10.3.2 Si se ha expedido un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable, se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) i) A reserva de las disposiciones del artículo 10.1, el tenedor de un documento de transporte negociable tiene derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías una vez que han llegado al lugar de destino, en cuyo caso el porteador deberá entregar las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 4.1.3 a dicho tenedor previa devolución del documento de transporte negociable. En caso de que se haya emitido más de un original del documento de transporte negociable, bastará con devolver un original y los demás originales dejarán de tener todo efecto o validez.

ii) A reserva de lo dispuesto en el artículo 10.1, el tenedor de un documento electrónico negociable tiene derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías una vez que han llegado al lugar de destino, en cuyo caso el porteador entregará las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 4.1.3 a dicho tenedor si demuestra, de conformidad con las normas mencionadas en el artículo 2.4, que es el tenedor del documento electrónico. Una vez efectuada dicha entrega, el documento electrónico deja de tener todo efecto o validez

b) Si el tenedor no reclama la entrega de las mercancías al porteador después de que hayan llegado al lugar de destino, el porteador se lo comunicará a la parte controladora o, si después de esforzarse razonablemente no consigue identificar a la parte controladora, al cargador. En dicho caso la parte controladora o el cargador darán instrucciones al porteador para la entrega de las mercancías. Si el porteador, después de esforzarse razonablemente por conseguirlo, no ha logrado identificar ni encontrar a la parte controladora o al cargador, entonces la persona mencionada en el artículo 7.7 será considerada como el cargador a los efectos del presente párrafo.

c) A pesar de lo dispuesto en el párrafo d) del presente artículo, un porteador que entrega las mercancías por instrucciones de la parte controladora

o del cargador de conformidad con el párrafo d) del presente artículo queda dispensado de su obligación de entregar las mercancías con arreglo al contrato de transporte [al tenedor], independientemente de que el documento de transporte negociable haya sido devuelto o de que la persona que reclama la entrega con arreglo a un documento electrónico negociable haya demostrado, de conformidad con las normas mencionadas en el artículo 2.4, que es el tenedor.

d) Si la entrega de las mercancías por el porteador en el lugar de destino tiene lugar sin que se haya devuelto el documento de transporte negociable al porteador o sin la demostración mencionada en el apartado a) ii) anterior, un tenedor que pase a ser tenedor después de que el porteador haya entregado las mercancías al consignatario o a una persona con derecho a dichas mercancías de conformidad con cualquier arreglo contractual o de otro tipo diferente del contrato de transporte, sólo adquirirá derechos en virtud del contrato de transporte si la transmisión del documento de transporte negociable o del documento electrónico negociable se efectuó con arreglo a disposiciones contractuales o de otro tipo hechas antes de la entrega de las mercancías, a menos que dicho tenedor, cuando pasó a serlo, no hubiera tenido o no hubiera podido tener razonablemente conocimiento de dicha entrega.

e) Si la parte controladora o el cargador no dan instrucciones adecuadas al porteador acerca de la entrega de las mercancías, el porteador tendrá derecho, a reserva de cualquier otro recurso que un porteador pueda tener contra dicha parte controladora o dicho cargador, a ejercer los derechos que le corresponden en virtud del artículo 10.4.

168. Los problemas mencionados en la observación introductoria se plantean particularmente si se ha expedido un documento o un documento electrónico negociables. En el presente artículo se procura establecer el debido equilibrio de intereses.

169. La primera frase del artículo 10.3.2 a) i) es de ámbito limitado. Según la práctica actual, un tenedor que no ha ejercido ningún derecho con arreglo al contrato de transporte tiene derecho a reclamar la entrega pero no está obligado a hacerlo. Además, el presente párrafo no excluye la posibilidad de que una persona diferente del tenedor tenga derecho a reclamar la entrega. Lo único que dispone es que, si un tenedor reclama la entrega, el porteador está obligado a efectuar la entrega y, en consecuencia, tiene que considerarse que ha cumplido su obligación con arreglo al contrato de transporte al entregar las mercancías en su lugar de destino. La disposición no resuelve el problema de las mercancías que tengan un valor negativo en el lugar de destino.

170. Además, el inciso i) sigue la práctica corriente de que el documento negociable ha de ser entregado por el tenedor al porteador. Esta práctica protege también al porteador, porque el documento identifica a la persona que tiene derecho a hacerse cargo de la entrega. Al revés que en el caso de las entregas anticipadas, al que se refiere el artículo 11.2 b) iii), basta con la devolución de un original. En ese momento cualquier otro original que haya pierde su validez.

171. El artículo 10.3.2 a) ii) corresponde al punto i) para el documento electrónico negociable. En el marco de un sistema de comunicación electrónica, algunas de las razones de que un documento negociable no sea disponible en el momento de la

entrega pueden darse por inválidas, pero hay casos, por ejemplo, cuando las condiciones del crédito se extienden más allá de la duración del viaje, en que los problemas son los mismos en el marco de un sistema de comercio electrónico que en el marco de un sistema de conocimientos de embarque escritos.

172. En el artículo 2.4 se dispone que las normas contractuales aplicables a la utilización de documentos electrónicos negociables tienen que indicar la forma en que el tenedor debe estar en condiciones de identificarse ante el porteador. Si esas normas no formulan dicha disposición, falta un rasgo esencial de todo documento negociable, tanto si es electrónico como si está en forma escrita. La consecuencia tiene que ser que el documento no será negociable.

173. Los párrafos b) a e) tratan de la situación en la que un tenedor no hace uso de su derecho a obtener la entrega de las mercancías. De lo que se trata en dicho caso es del debido funcionamiento del sistema de conocimientos de embarque. Las partes pueden elegir un curso de acción más arriesgado.

174. Como es la parte que se ocupa del cargamento la que decide no tener debidamente en cuenta la función del contrato en tanto que documento negociable, en el apartado b) se dispone que, si no aparece un tenedor, el porteador tendrá que empezar por recabar instrucciones de cualquiera de las personas mencionadas en el presente párrafo. Esas personas tienen la obligación de dar al porteador instrucciones apropiadas, a no ser que una “cláusula de cesación” válida haya dispensado de dicha obligación a cualquiera de ellas. De no haber dicha cláusula, esas personas podrán ser consideradas responsables por no haber dado instrucciones apropiadas al porteador a fin de que disponga de las mercancías. No se prescribe que cualquiera de dichas personas se hagan cargo de la entrega. En este caso, a falta de instrucciones apropiadas, un porteador no tiene más remedio que hacer uso de sus derechos en virtud del artículo 10.4, que son almacenar y vender las mercancías. En realidad, el apartado b) sigue una práctica más difundida según la cual un fletador tiene derecho contractual a dar instrucciones a un porteador por lo que se refiere a la entrega de las mercancías.

175. El apartado c) trata de las consecuencias que pueden presentarse cuando un porteador ha cumplido las instrucciones que se le han dado con arreglo al apartado precedente. En dicho caso, el porteador queda dispensado de su obligación general de entregar las mercancías al consignatario. Para evitar toda duda, no puede quedar dispensado de todas sus obligaciones en virtud del contrato de transporte, como por ejemplo la de abonar indemnización cuando las mercancías se entregan dañadas.

176. La alternativa sería que el porteador no quedara dispensado pero que tuviera derecho a recibir la debida indemnización del cargador o de la parte controladora. Sin embargo, esa alternativa no surtiría efecto si el porteador no pudiera obtener una indemnización apropiada.

177. En todas las circunstancias es conveniente que el tenedor de un documento negociable sea vigilante y, en principio, adopte medidas al llegar el buque a fin de proteger su seguridad.

178. El apartado d) brinda una norma para los casos en los que no se ha devuelto el documento negociable cuando el porteador entregó las mercancías, como por ejemplo en el caso de los apartados b) y c). En primer lugar, cabe observar que en dicho caso la principal norma del apartado a) prevalece: el tenedor del conocimiento

de embarque, tercera parte “inocente”, puede tener derecho todavía a reclamar la entrega. La última parte del apartado d) confirma de nuevo dicha norma. La cuestión sigue siendo un riesgo para el porteador y constituye una parte esencial del equilibrio que todo el artículo 10.3.2 procura instituir.

179. Ahora bien, frecuentemente un tenedor está al corriente, o debería razonablemente haber estado al corriente, de la entrega sin tener que presentar un documento negociable. En tal caso, y si pasa a ser tenedor después de dicha entrega, no hay ya motivo alguno para protegerle. En el caso mencionado solamente adquiere derechos en virtud del conocimiento de embarque (como por ejemplo el derecho a reclamar en caso de daños a las mercancías) si ha pasado a ser tenedor con arreglo a una disposición contractual o de otro tipo que ya existía antes de la entrega. De lo contrario, hay que considerar al conocimiento de embarque como documento que ya no vale. En consecuencia, esta norma abarca los casos de bona fide en los que se retrasa la transmisión del conocimiento de embarque dentro de la cadena de vendedores y compradores. No descarta la posibilidad de que, después de la entrega, algunos derechos en virtud del conocimiento de embarque ya no válido puedan transferirse a una tercera parte, pero eso ha de efectuarse por acuerdo específico y no por simple endoso del conocimiento.

180. No obstante se ha alegado que disposiciones como las de los apartados b) y c) es probable que faciliten el fraude. Si el porteador no puede localizar al tenedor y acepta instrucciones del cargador, el cargador puede (por ejemplo) destruir la seguridad de un banco que tenga en su poder los documentos dirigiendo la entrega a otro lugar. Y en general la seguridad del banco queda en efecto muy disminuida si las mercancías se pueden entregar sencillamente sin recibir a cambio el documento o los documentos que se hallaban en poder del banco.

181. Por otra parte se puede decir que en muchas partes del mundo es sencillamente imposible que el porteador insista siempre en la presentación de un conocimiento de embarque para la entrega, y que estimar que el porteador que se separa de otra manera de las mercancías obra siempre (o generalmente) de forma errónea sencillamente no refleja las realidades de la entrega en muchos lugares y en muchas circunstancias. Cabe decir más bien que un consignatario o una persona que ha sido objeto de endoso tiene que ser vigilante para lograr que la entrega se haga a la llegada del buque; y que un banco que posee un conocimiento de embarque como garantía de una operación tiene que obrar positivamente en su propio interés y tiene que ser vigilante en relación con la arribada del buque cuyo conocimiento de embarque representa su seguridad, y tiene que adoptar medidas para conseguirlo. Se puede alegar que disposiciones como las de los apartados b) y c) facilitan el comercio moderno.

182. El apartado e) se refiere a la posición general de reserva con arreglo al artículo 10.4

10.4.1 a) Si las mercancías han llegado al lugar de destino y

i) El consignatario no se ha hecho cargo efectivamente de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 4.1.3 ni se ha concertado un contrato expreso o implícito entre el porteador o la parte ejecutante y el consignatario, que suceda al contrato de transporte; o

ii) El porteador no puede, en virtud del derecho aplicable o de la reglamentación vigente, entregar las mercancías al consignatario,

entonces el porteador tiene derecho a ejercer los derechos y ampararse en los recursos mencionados en el apartado b).

b) En las circunstancias que se especifican en el apartado a), el porteador tiene derecho, por cuenta y riesgo de la persona con derecho a las mercancías, a ejercer parte o la totalidad de los siguientes derechos y recursos:

i) almacenar las mercancías en cualquier lugar que sea adecuado;

ii) desembalar las mercancías si están embaladas en contenedores, u obrar de otra forma respecto de las mercancías según, en opinión del porteador, puedan requerir razonablemente las circunstancias; o

iii) hacer que las mercancías se vendan de conformidad con las prácticas, o los requisitos en virtud de la legislación, o los reglamentos del lugar en el que las mercancías se hallen entonces.

c) Si las mercancías se venden en virtud del apartado b) iii), el porteador puede deducir del importe de la venta la cantidad necesaria para

i) abonar o reembolsar los gastos en que se hayan incurrido respecto de las mercancías; y

ii) abonar o reembolsar al porteador cualquier otra cantidad que se mencione en el artículo 9.5 a) y que se deba al porteador.

A reserva de esas deducciones, el porteador puede retener el importe de la venta en beneficio de la persona que tenga derecho a las mercancías.

10.4.2 El porteador sólo puede ejercer el derecho mencionado en el artículo 10.4.1 después de haber notificado a la persona indicada en los datos del contrato como persona que ha de notificarse de la llegada de las mercancías al lugar de destino, si la hubiere, o al consignatario, o si no a la parte controladora o al cargador, de que las mercancías han llegado al lugar de destino.

10.4.3 Al ejercer los derechos que se mencionan en el artículo 10.4.1, el porteador o la parte ejecutante obran como agentes de la persona que tiene derecho a las mercancías, pero sin responsabilidad alguna por la pérdida o el daño sufrido por las mercancías, a no ser que dicha pérdida o dicho daño se deban [a un acto u omisión personal del porteador que se haya cometido con la intención de causar dicha pérdida o dicho daño, o por imprudencia, a sabiendas de que probablemente se causaría dicha pérdida o dicho daño].

183. De cuando en cuando sucede que en el lugar del destino el porteador no puede o no tiene derecho a entregar las mercancías. El consignatario quizá no aparezca o rehúse la entrega de las mercancías mientras que el cargador tampoco tiene interés en una cosa u otra, o las mercancías quizá hayan sido secuestradas o su entrega quizá no pueda tener lugar por motivos jurídicos. En esos casos, el porteador a menudo tiene que hacer algo a fin de poder disponer de las mercancías.

184. En general la presente disposición se basa en las disposiciones de las diversas legislaciones nacionales que tratan de esta cuestión. El porteador debe recibir una libertad razonable para obrar, pero siempre dentro de los límites de lo razonable. Si decide vender las mercancías, la legislación nacional aplicable quizá prevea algún tipo de supervisión de un tribunal. El importe neto de dicha venta tiene que conservarse a disposición de la persona que tenga derecho a las mercancías en cuyo nombre ha obrado el porteador. Esa persona no tiene necesariamente que ser parte en el contrato de transporte, pero puede ser un propietario de las mercancías o un asegurador.

11. DERECHO DE CONTROL

185. A diferencia del caso de las demás convenciones de transporte, en las convenciones marítimas no se trata de la cuestión del derecho de control. Las prácticas que se han elaborado en el marco del sistema de conocimientos de embarque ha sido quizá la razón de que en el pasado no se haya dejado sentir la necesidad urgente de hacerlo. Hoy en día, la situación del transporte marítimo es diferente. En muchas transacciones disminuye rápidamente la utilización de documentos de transporte negociables o ha desaparecido por completo. Además, un derecho de control bien definido y transferible puede desempeñar un papel de utilidad en la elaboración de sistemas de comercio electrónico, en los que no se utilizan documentos electrónicos como los que se definen en el presente proyecto de instrumento.

11.1 El derecho de control sobre las mercancías significa el derecho, en virtud del contrato de transporte, de dar instrucciones al porteador respecto de las mercancías durante el plazo de su responsabilidad según se fija en el artículo 4.1.1. Dicho derecho del porteador a dar instrucciones incluye los derechos a:

i) dar o modificar instrucciones respecto de las mercancías que no constituyan una variación del contrato de transporte;

ii) pedir la entrega de las mercancías antes de su llegada al lugar de destino;

iii) sustituir al consignatario por cualquier otra persona, incluida la parte controladora;

iv) acordar con el porteador una modificación del contrato de transporte.

186. La presente disposición define el derecho de control. Establece la distinción entre las instrucciones que constituyen una modificación del contrato de transporte y las demás instrucciones. El inciso i) se refiere a instrucciones “normales” dentro del marco de un contrato de transporte, como por ejemplo el transporte de las mercancías a una temperatura determinada. Los incisos ii) y iii) son importantes para un vendedor que no ha sido remunerado y que quizá haya retenido la propiedad de las mercancías o quizá desea ejercer un derecho de obstrucción en virtud de su contrato de venta. El inciso ii) puede habilitar al vendedor para prevenir que las mercancías lleguen a la jurisdicción del consignatario, mientras que el inciso iii) permite que la parte controladora haga que las mercancías se le entreguen

directamente o se entreguen a su agente o a un nuevo comprador. El inciso iv) subraya que, a todos los efectos prácticos, la parte controladora es la contraparte del porteador durante el transporte. El presente artículo reconoce a la parte controladora el control total de las mercancías.

11.2 a) Cuando no se haya emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico que no sea negociable, se aplicarán las normas siguientes:

i) el cargador es la parte controladora a no ser que el contratista y el consignatario acuerden que lo sea otra persona y que el cargador se lo notifique así al porteador. El cargador y el consignatario pueden convenir en que el consignatario sea la parte controladora.

ii) La parte controladora tiene derecho a transferir el derecho de control a otra persona, en cuyo caso la parte que transfiera dicho derecho lo pierde en el momento en que tenga lugar la transferencia. La parte que efectúe la transferencia o la que la reciba notificará dicha transferencia al porteador.

iii) Cuando la parte controladora ejerce el derecho de control de conformidad con el artículo 11.1, deberá probar debidamente su identificación.

b) Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable, se aplicarán las normas siguientes:

i) El tenedor o, si se hubiere emitido más de un original del documento de transporte negociable, el tenedor de todos los originales, será la única parte controladora.

ii) El tenedor tiene derecho a transferir el derecho de control transmitiendo el documento de transporte negociable a otra persona de conformidad con el artículo 12.1, en cuyo caso el transferidor pierde su derecho de control cuando haga la transferencia. Si se ha emitido más de un original de dicho documento, todos los originales deberán transmitirse para poder efectuar una transferencia del derecho de control.

iii) A fin de ejercer el derecho de control, el tenedor, si el porteador lo requiere, deberá presentar el documento de transporte negociable al porteador. Si se ha emitido más de un original de dicho documento, se presentarán todos los originales.

iv) Todas las instrucciones a que se hace referencia en el artículo 11.1 ii), iii), y v), transmitidas por el tenedor, deberán hacerse constar en el documento de transporte negociable en cuanto sean efectivas de conformidad con el artículo 11.3.

c) Cuando se emita un documento electrónico negociable:

i) El tenedor es la única parte controladora y tiene derecho a transferir el derecho de control a otra persona transmitiéndole el documento electrónico negociable de conformidad con las normas

que se mencionan en el artículo 2.4, en cuyo caso el transferidor pierde su derecho de control en cuanto tenga lugar la transferencia.

ii) A fin de ejercer el derecho de control, el tenedor, si el porteador lo requiere, deberá demostrar que, de conformidad con las normas a que se hace referencia en el artículo 2.4, es el tenedor.

iii) Todas las instrucciones a que se hace referencia en el artículo 11.1, ii), iii), y iv) que haya dado el tenedor deberán hacerse contar en el documento electrónico en cuanto sean efectivas de conformidad con el artículo 11.3.

d) A pesar de lo dispuesto en el artículo 12.4, una persona que no sea el cargador o la persona mencionada en el artículo 7.7, que transfirió el derecho de control sin haber ejercido dicho derecho, en cuanto tenga lugar dicha transferencia quedará dispensada de las obligaciones impuestas a la parte controladora por el contrato de transporte o en virtud del presente instrumento.

187. El apartado a) se aplica en todos los casos, excepto cuando se haya emitido un documento negociable. El principio es que el cargador es la parte controladora, pero puede convenir en otra cosa con el consignatario. El segundo principio incluido en el presente párrafo es que la parte controladora tiene derecho a transferir su derecho a un tercero.

188. A diferencia de la situación que se expone en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), según el cual una copia determinada de la nota de expedición por carretera no negociable ha de ser transferida a fin de transferir el derecho de control, en virtud del apartado a) dicho documento no desempeña papel alguno. La parte controladora conserva el control de las mercancías hasta su entrega final. Además, no hay transferencia automática del derecho de control del cargador al consignatario en cuanto las mercancías hayan llegado a su lugar de entrega, como sucede en el caso de las Reglas uniformes sobre conocimientos de embarque del Comité Marítimo Internacional. Si hubiera esas transferencias automáticas, la instrucción más común del cargador para el porteador -que no entregue las mercancías antes de haber recibido la confirmación del cargador de que se ha efectuado el pago de dichas mercancías- podría no dar resultado. Naturalmente, esto causaría graves preocupaciones de orden práctico.

189. Cuando se ha emitido un documento de transporte negociable, es de aplicación el apartado b), que dispone que el tenedor de dicho documento es la única parte controladora. Si por endoso el documento negociable se transfiere a otra parte, también se transfiere automáticamente el derecho de control. Además, si el tenedor desea ejercer su derecho de control se aplicará la norma relativa a la presentación. A fin de proteger a las terceras partes tenedores, toda variación del contrato de transporte ha de hacerse constar en el documento negociable.

190. Puede plantearse una complicación si el documento negociable ha sido emitido en más de un original. Esta disposición sigue la práctica actual de que solamente la posesión de todos los juegos de originales da derecho al tenedor a ejercer el derecho de control. La consecuencia es que, si una persona ha recibido uno o más originales y ha guardado uno o más originales, nadie tendrá control sobre las mercancías.

191. El apartado d) sigue el principio que se establece en el artículo 12.1.2.

11.3 a) A reserva de lo dispuesto en los apartados b) y c) del presente artículo, si cualquiera de las instrucciones mencionadas en el artículo 11.1 i), ii), o iii)

i) puede ejecutarse razonablemente según sus términos en el momento en que la instrucción llegue a la persona que va a realizarla;

ii) no interfiere con las operaciones normales del porteador o de una parte ejecutante;

iii) no origina ningún gasto, pérdida o daños adicionales para el porteador, la parte ejecutante, o cualquier persona interesada en otras mercancías transportadas en el mismo viaje,

entonces el porteador ejecutará la instrucción. Si cabe esperar razonablemente que una o más de las condiciones mencionadas en los incisos i), ii) y iii) del presente párrafo no se cumplan o se cumplan, entonces el porteador no tiene la obligación de ejecutar la instrucción.

b) En todo caso, la parte controladora indemnizará al porteador, a las partes ejecutantes, y a todas las personas interesadas en otras mercancías transportadas en el mismo viaje, por cualquier gasto, pérdida o daño adicional que puedan haber ocurrido como resultado de la ejecución de alguna instrucción prevista en el presente artículo.

c) Si un porteador:

i) espera razonablemente que la ejecución de una instrucción en virtud del presente artículo va a causar daños, pérdidas o gastos adicionales; y

ii) a pesar de ello está dispuesto a ejecutar la instrucción,

entonces el porteador tendrá derecho a obtener de la parte controladora una seguridad respecto de los gastos, pérdidas o daños adicionales que se hayan previsto razonablemente.

192. En el artículo 11.1 se hace una distinción entre instrucciones que constituyen variaciones del contrato de transporte e instrucciones que no lo constituyen. En el presente artículo se hace la distinción entre instrucciones que un porteador, en principio, ha de ejecutar, e instrucciones que están subordinadas al acuerdo entre el porteador y la parte controladora. El tipo de distinción no es el mismo en el caso de los dos artículos. Es evidente que las variaciones del contrato del transporte están enteramente subordinadas a la existencia de acuerdo entre el porteador y la parte controladora. Ahora bien, eso no se aplica a las dos variaciones mencionadas en los artículos 11.1 ii) y iii). En principio, esas dos variaciones han de ser efectuadas por el porteador, porque cada una de ellas puede ser necesaria para que un vendedor recupere el control sobre las mercancías en virtud del contrato de venta, por ejemplo, cuando no pague las mercancías el comprador.

193. Para que el porteador se halle bajo la obligación de ejecutar las instrucciones, necesita la protección de determinadas condiciones mencionadas precedentemente. También se trata de ellas en el presente artículo. Otras convenciones de transporte incluyen protecciones análogas. Un porteador tiene derecho a declinar la ejecución

de una instrucción, entre otros casos si la ejecución interfiere con sus operaciones corrientes. Eso significa que el porteador quizá no quede obligado nunca a entrar en otros puertos salvo los de su itinerario normal, ni a descargar cargamento que haya almacenado junto con otro cargamento. El porteador puede declinar también la instrucción si su cumplimiento le haría incurrir en gastos adicionales.

194. Se ha expresado la opinión de que esas disposiciones, en la medida en que dan derecho a una parte controladora en situaciones en las que el porteador no está de acuerdo con la instrucción, es decir, un derecho a variar lo que en otro caso serían términos del contrato, pueden crear probablemente graves incertidumbres a cambio de una ventaja pequeñísima. También se alega que, respecto del derecho de control, el transporte marítimo no se puede comparar con otras formas de transporte. La opinión contraria es que la aplicación de garantías similares en virtud de otras convenciones de transporte no plantea ninguna dificultad. Además, se ha hecho constar que el derecho de control no debería "diluirse" demasiado pues puede desempeñar un papel importante en el desarrollo del comercio electrónico en el transporte marítimo.

> 11.4 Las mercancías que se entreguen de conformidad con instrucciones dadas en consonancia con el artículo 11.1 ii) se consideran entregadas en el lugar de destino y las disposiciones referentes a dicha entrega, según se enuncian en el artículo 10, son aplicables a dichas mercancías.
>
> 11.5 Si durante el plazo de tiempo en que las mercancías están bajo la custodia del porteador, el porteador requiere razonablemente información, instrucciones, o documentos además de los mencionados en el artículo 7.3 a), recabará dicha información, dichas instrucciones, o dichos documentos de la parte controladora. Si el porteador, después de esforzarse razonablemente no consigue identificar ni encontrar a la parte controladora, o si la parte controladora no consigue proporcionar información, instrucciones, o documentos adecuados al porteador, la obligación de hacerlo recaerá en el cargador o en la persona mencionada en el artículo 7.7.

195. La disposición aborda la cuestión de un porteador que necesita instrucciones de la parte interesada en las mercancías durante el transporte. Por ejemplo: las mercancías no se pueden entregar de la forma prevista, se necesitan instrucciones adicionales para proteger a las mercancías, etc. La principal persona que da instrucciones al porteador es la parte controladora, pues cabe suponer que está interesada en las mercancías. La obligación de proporcionar instrucciones recae también en un tenedor intermedio si es la parte controladora. En el artículo 11.2 c) se dispone que dicho tenedor intermedio queda dispensado de esa obligación en cuanto deja de ser tenedor.

196. Ahora bien, no siempre hay una parte controladora o, si la hay, no siempre sabe el porteador quién es. Entonces, la obligación recae en el cargador o en la persona mencionada en el artículo 7.7. Si la parte controladora prefiere no dar instrucciones (apropiadas), puede resultar responsable respecto del porteador por no haberlas dado.

> 11.6 Las disposiciones de los artículos 11.1 ii) y iii), y 11.3, pueden modificarse por acuerdo entre las partes. Las partes pueden restringir o excluir también la posibilidad de transferir el derecho de control mencionado en el artículo 11.2 a) ii). Si se ha emitido un documento de transporte o un

documento electrónico, todo acuerdo a que se hace referencia en el presente párrafo ha de hacerse constar en los datos del contrato.

197. La presente disposición subraya que esos elementos esenciales del derecho de control no forman parte del derecho preceptivo. Una parte controladora puede tener motivos para insistir en que su derecho de control no sea transferible. Los porteadores quizá deseen también descartar la posibilidad de que la entrega de las mercancías se pueda reclamar durante el viaje. Sin embargo, conviene ver también la observación acerca del artículo 12.3.

12. TRANSFERENCIA DE DERECHOS

12.1.1 Si se emite un documento de transporte negociable, el tenedor tiene derecho a transferir los derechos incorporados a dicho documento transmitiendo el documento a otra persona,

i) si es un documento a la orden, debidamente endosado a esa otra persona o en blanco, o,

ii) si es un documento al portador o un documento endosado en blanco, sin el endoso, o,

iii) si un documento se ha hecho a la orden de una parte designada y la transferencia es entre el primer tenedor y dicha parte designada, sin endoso.

12.1.2 Si se emite un documento electrónico negociable, su tenedor tiene derecho a transferir los derechos incorporados a dicho documento electrónico, independientemente de que esté hecho a la orden o a la orden de una parte designada, transmitiendo el documento electrónico de conformidad con las normas mencionadas en el artículo 2.4.

12.2.1 A reserva de las disposiciones del artículo 11.5, un tenedor que no sea el cargador y que no ejerza ningún derecho en virtud del contrato de transporte, no asume ninguna responsabilidad con arreglo al contrato de transporte por el mero hecho de convertirse en tenedor.

198. La única obligación en que puede incurrir un tenedor intermedio es la de dar instrucciones al porteador en relación con las mercancías durante el transporte cuando dicho tenedor intermedio sea una parte controladora. El hecho de dar instrucciones puede considerarse que redunda en interés de dicho tenedor intermedio. Según el artículo 11.3 c) dicho tenedor intermedio quedará dispensado de esa obligación en cuanto deje de ser tenedor.

12.2.2 Un tenedor que no sea el cargador y que ejerza cualquier derecho en virtud del contrato de transporte, asume cualquier responsabilidad que le imponga el contrato de transporte en la medida en que dicha responsabilidad esté incorporada o se pueda determinar sobre la base del documento de transporte negociable o del documento electrónico negociable.

199. Un tenedor ulterior no puede elegir lo que desee. Si ejerce alguno de sus derechos, automáticamente asumirá también todas las responsabilidades de un tenedor anterior. Sin embargo, esas responsabilidades tendrán que “haberle sido

impuestas en virtud del contrato de transporte". Eso significa que no todas las responsabilidades estipuladas en el contrato de transporte serán asumidas necesariamente por un tenedor posterior. Puede haber algunas responsabilidades que son únicamente responsabilidades del cargador, como por ejemplo las que se estipulan en los artículos 7.1 y 7.3. Además, el porteador y el cargador pueden haber acordado expresa o implícitamente que determinadas responsabilidades serán solamente responsabilidades para el cargador, como por ejemplo una sobreestadía en el puerto de carga. En segundo lugar un tenedor ulterior tiene que estar en condiciones de determinar por el documento negociable propiamente dicho que existen dichas responsabilidades. Esto puede revestir particular importancia si el porteador y el cargador han convenido en que determinadas responsabilidades, que de lo contrario hubieran recaído en el cargador, serán asumidas (también) por un tenedor ulterior.

200. Puede también suceder que en virtud del presente artículo el tenedor ulterior asuma responsabilidades que son también responsabilidades del cargador. Si en dicho caso esas responsabilidades serán comunes y solidarias, es cosa que no se dispone en el presente artículo, sino que se deja que quede resuelta por los términos del contrato de transporte, según demuestre el documento de transporte negociable.

12.2.3 Un tenedor que no sea el cargador y que

i) en virtud del artículo 2.2 convenga con el porteador en sustituir un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable o en reemplazar un documento electrónico negociable por un documento de transporte negociable, o

ii) en virtud del artículo 12.1 transfiera sus derechos,

no ejerce ningún derecho en virtud del contrato de transporte a los efectos de los artículos 12.2.1 y 12.2.2.

12.3 La transferencia de derechos en virtud de un contrato de transporte con arreglo al cual no se emite ningún documento de transporte negociable ni ningún documento electrónico negociable se efectuará de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional aplicable al contrato de transporte relacionado con la transferencia de derechos. Dicha transferencia de derechos puede efectuarse por medio de comunicación electrónica. Una transferencia del derecho de control no puede ultimarse sin una notificación de dicha transferencia hecha al porteador por la persona que hace la transferencia o la recibe.

201. Se estima que, en términos generales, en un instrumento internacional no es preciso remitirse expresamente al derecho nacional. La finalidad de hacer la remisión en la presente disposición es dejar bien sentado que una transferencia de derechos en virtud de un contrato de transporte es posible sin el uso de un documento, o, si se ha emitido un documento no negociable, sin que este documento sea convertido en documento negociable. Una vez más, la presente disposición incluye dos obligaciones para los Estados Parte en este proyecto de instrumento. La primera es disponer en su legislación nacional que toda transferencia de derechos en virtud de un contrato de transporte puede efectuarse electrónicamente. Esto se considera que es beneficioso para el desarrollo del comercio electrónico en el campo del transporte. Las partes comerciales quizá deseen elaborar sistemas de

comercio electrónico sin la utilización de un documento electrónico según se define en el presente proyecto de instrumento, sino sobre la base de una sencilla transferencia electrónica de un derecho de control únicamente. El segundo requisito es disponer que dicha transferencia (electrónica) del derecho de control no pueda ultimarse sin una notificación de la transferencia al porteador. O sea que puede surgir (eventualmente) una situación en la que el derecho nacional puede imponer derechos de propiedad a una transferencia (electrónica) de un derecho de control, caso similar al del derecho nacional en relación con la transferencia de un documento escrito de transporte negociable escrito.

12.4 Si la transferencia de derechos en virtud de un contrato de transporte con arreglo al cual no se ha emitido ningún documento de transporte negociable ni ningún documento electrónico negociable, incluye la transferencia de responsabilidades que estén relacionadas con el derecho que se transfiere o se deriven de dicho derecho, la persona que hace la transferencia y la persona que la recibe son responsables conjunta y solidariamente respecto de dichas obligaciones.

202. El artículo 12.3 no trata de la transferencia de responsabilidades en virtud de un contrato de transporte (para el cual no se ha emitido ningún documento negociable). Ahora bien, puede suceder que el derecho nacional relativo a la transferencia de derechos disponga que dicha transferencia incluye (o puede incluir) responsabilidades asociadas con el derecho objeto de la transferencia. No es perjudicial disponer que la responsabilidad de la persona que hace la transferencia y de la persona que la recibe en esos casos es conjunta y solidaria, porque normalmente un porteador suele estar en condiciones de juzgar la solvencia del cargador, en su calidad de parte original en el contrato de transporte, pero no la solvencia de otras partes.

13. DERECHOS DE DEMANDA JUDICIAL

13.1 A reserva de lo dispuesto en los artículos 13.2 y 13.3, los derechos estipulados en el contrato de transporte sólo pueden ser ejercidos contra el porteador o la parte ejecutante por:

i) el cargador,

ii) el consignatario

iii) cualquier tercera parte a la que el cargador o el consignatario haya asignado sus derechos, según cuál de las partes antes mencionadas haya sufrido la pérdida o el daño como consecuencia de una ruptura del contrato de transporte,

iv) cualquier tercera parte que haya adquirido derechos en virtud del contrato de transporte por subrogación con arreglo a la legislación nacional aplicable, como por ejemplo un asegurador. En caso de transmisión de los derechos de demanda por asignación o subrogación según se ha mencionado anteriormente, el porteador y la parte ejecutante tendrán derecho a todas las defensas y limitaciones de responsabilidad de que dispongan contra dicha tercera parte en virtud del contrato de transporte y en virtud del presente instrumento.

203. La presente disposición se aplica a todos los contratos del transporte, tanto si se ha emitido como si no se ha emitido un documento o un documento electrónico, y, si se ha emitido, independientemente de su naturaleza. Un cargador contratante y un consignatario solamente pueden ejercer los derechos que les correspondan si poseen intereses suficientes que reclamar. Eso significa que en caso de pérdida o de daño sufrido por las mercancías el demandante tiene que haber sufrido él mismo la pérdida o el daño. Si otra persona, por ejemplo el propietario de las mercancías o un asegurador, es la parte interesada, dicha otra persona tiene que adquirir el derecho de demanda del cargador contratante o del consignatario o, de ser posible, tiene que ejercer una reclamación contra el porteador al margen del contrato de transporte.

13.2 En caso de que se haya emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el tenedor tiene derecho a ejercer derechos en virtud del contrato de transporte contra el porteador o una parte ejecutante, sin tener que probar que él mismo ha sufrido pérdida o daño. Si dicho tenedor no ha sufrido la pérdida o el daño él mismo, se considerará que obra en nombre de la parte que haya sufrido dicha pérdida o dicho daño.

204. Parece ser que en muchos regímenes jurídicos los demandantes que obren sobre la base de un conocimiento de embarque no están circunscritos a reclamar sus propias pérdidas. El presente artículo no dispone que solamente dichos tenedores tienen derecho de demanda. Por lo tanto, la segunda oración es necesaria para evitar la posibilidad de que un porteador tenga que pagar dos veces.

13.3 En caso de que se haya emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable y el demandante sea una de las personas mencionadas en el artículo 13.1, sin ser el tenedor, dicho demandante, además de tener que probar que ha sufrido pérdida o daño como consecuencia de una ruptura del contrato de transporte, tendrá que probar que el tenedor no ha sufrido dicha pérdida o dicho daño.

205. Una persona mencionada en el artículo 13.1 no debe depender de la cooperación del tenedor de un documento negociable si ella y no el tenedor es la persona que ha sufrido el daño. Puede muy bien suceder que el tenedor, si es un vendedor/cargador, haya cobrado ya todo el precio de la compra de las mercancías y no esté interesado ya en incoar una demanda. También puede suceder que el tenedor, si es un comprador/consignatario, rechace las mercancías (dañadas) y no las pague, en cuyo caso el vendedor/cargador tiene que tener derecho a reclamar daños al porteador. A fin de proteger la posición del tenedor contra la pérdida del derecho de demanda, parece equitativo que en un caso de ese tipo el demandante tenga que probar que el tenedor no sufrió el daño.

14. PLAZO PARA LA DEMANDA

14.1 El porteador queda liberado de toda responsabilidad respecto de las mercancías si no se ha incoado un procedimiento judicial o arbitral dentro de un plazo de un año. El cargador queda liberado de toda responsabilidad derivada de lo dispuesto en el capítulo 7 del presente instrumento si no se ha incoado un procedimiento judicial o arbitral dentro de un plazo de un año.

206. La primera oración de la presente disposición se basa aproximadamente en el artículo 20.1 de las Reglas de Hamburgo y en el cuarto párrafo del artículo III.6 de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby. La segunda oración refleja la opinión expresada en la 37ª Conferencia Internacional del Comité Marítimo Internacional (Conferencia de Singapur) de que las acciones incoadas contra el cargador en virtud del capítulo 7 deben estar también subordinadas a un plazo de tiempo.

207. El plazo de limitación especificado en la presente disposición sigue el texto de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby. Con arreglo a las Reglas de Hamburgo, el plazo de limitación es de dos años. Los delegados que se ocuparon de esta cuestión en la Conferencia de Singapur al parecer estimaban que un plazo de limitación de un año sería adecuado.

208. Para evitar toda ambigüedad, el artículo aclara que el porteador o el cargador, según corresponda, quedan liberados de toda responsabilidad al expirar el plazo fijado. Al expirar el plazo el demandante potencial pierde el derecho, y no solamente la oportunidad de ejercitarlo.

> 14.2 El plazo mencionado en el artículo 14.1 comenzará el día en que el porteador haya finalizado la entrega de las mercancías de que se trate con arreglo al artículo 4.1.3 ó 4.1.4 o, en caso de que no se hayan entregado las mercancías, el último día en que debían haberse entregado. El día en que comienza el plazo de prescripción no están incluido en dicho plazo.

209. La presente disposición se basa en general en el artículo 20.2 y 20.3 de las Reglas de Hamburgo y en el cuarto párrafo del artículo III.6 de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby. Aunque la definición de “entrega” ha causado problemas en algunos regímenes jurídicos nacionales, las aclaraciones que se dan en los capítulos 4 y 10 del presente proyecto de instrumento proporcionan mayor claridad y previsibilidad de las que existen en el marco del derecho actual.

> 14.3 La persona contra la cual se dirija una reclamación podrá, en cualquier momento durante el plazo de prescripción, prorrogar ese plazo mediante declaración hecha al demandante. Ese plazo podrá ser prorrogado nuevamente mediante otra declaración u otras declaraciones.

210. La presente disposición se basa en el artículo 20.4 de las Reglas de Hamburgo y en el cuarto párrafo del artículo III.6 de las Reglas de La Haya-Visby.

> 14.4 La acción de repetición que corresponda a la persona declarada responsable en virtud del presente instrumento podrá incoarse incluso después de expirado el plazo de prescripción fijado en el artículo 14.1 si la acción de repetición se ejercita
>
> a) Dentro del plazo de tiempo fijado por la ley del Estado en que se inicie el procedimiento; o
>
> b) Dentro del plazo de 90 días a partir de la fecha en que la persona que incoe la acción de repetición haya:
>
> i) satisfecho la reclamación; o
>
> ii) sido emplazada con respecto a la acción ejercitada contra ella,
>
> si el plazo fijado en b) fuera más largo.

211. Esta disposición se basa sustancialmente en el artículo 20.5 de las Reglas de Hamburgo y en el sexto párrafo del artículo III.6 de las Reglas de La Haya-Visby.

[14.5 Si el propietario registrado de un buque impugna la presunción de que es el porteador con arreglo al artículo 8.4.2, una acción contra el fletador sin tripulación podrá incoarse incluso después de que haya expirado el plazo mencionado en el artículo 14.1 si la acción se incoa

a) Dentro del plazo fijado por la ley del Estado en que se inicie el procedimiento; o

b) Dentro del plazo de 90 días a partir de la fecha en que el propietario registrado

i) pruebe que el buque se hallaba en situación de fletamento sin tripulación en el momento de transporte; e

ii) identifique adecuadamente al fletador sin tripulación.]

212. La presente disposición disipa la preocupación de que el plazo de limitación pueda haber expirado antes de que un demandante haya identificado al fletador sin tripulación que es responsable como "porteador" con arreglo al artículo 8.4.2. Se ha estimado que el demandante debe disfrutar de una prórroga comparable a la prórroga prevista en el artículo 14.4 para incoar una acción de repetición.

15. AVERÍA GRUESA

15.1 Ninguna disposición del presente instrumento impedirá la aplicación de las disposiciones del contrato de transporte o de la ley nacional relativas a la liquidación de la avería gruesa.

15.2 Con la excepción de la disposición relativa al plazo para la presentación de la demanda, las disposiciones del presente instrumento relativas a la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías determinarán también si el consignatario puede negarse a contribuir en caso de avería gruesa y si el porteador es responsable de resarcir al consignatario de su contribución a la avería gruesa o al salvamento si lo hubiere.

213. El texto se basa en el del artículo 24 de las Reglas de Hamburgo. En él se refleja el principio de que en primer lugar hay que efectuar la liquidación de la avería gruesa y que hay que esperar al fallo correspondiente, antes de poder considerar las cuestiones de responsabilidad.

16. OTRAS CONVENCIONES

16.1 El presente instrumento no modificará los derechos ni las obligaciones del porteador, o de la parte ejecutante establecidos en las convenciones internacionales o en las leyes nacionales que regulen la limitación de la responsabilidad en el caso de los buques destinados a la navegación [marítima].

16.2 No se incurrirá en responsabilidad en virtud de las disposiciones del presente instrumento por la pérdida, el daño o el retraso en la entrega del

equipaje de que sea responsable el porteador en virtud de una convención o de una ley nacional referentes al transporte marítimo de pasajeros y su equipaje.

16.3 No se incurrirá en responsabilidad en virtud de las disposiciones del presente instrumento por el daño ocasionado por un incidente nuclear si el explotador de una instalación nuclear es responsable de ese daño:

a) En virtud del Convenio de París de 29 de julio 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, enmendado por el Protocolo Adicional de 28 de enero de 1964, o en virtud de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963; o

b) En virtud de las leyes nacionales que regulen la responsabilidad por daños de esa naturaleza, a condición de que esas leyes sean tan favorables en todos sus aspectos para las personas que puedan sufrir tales daños como el Convenio de París o la Convención de Viena.

214. Estas disposiciones se basan en el artículo 25 1), 3) y 4) de las Reglas de Hamburgo. Habrá que actualizarlas más adelante.

17. LIMITACIONES DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

17.1 a) A no ser que se acuerde otra cosa en el presente instrumento, toda estipulación contractual que se aparte de las disposiciones del presente instrumento será nula y sin efecto en la medida en que tenga la intención o el efecto de, directa o indirectamente, excluir o limitar [o aumentar] la responsabilidad por la ruptura de cualquier obligación del porteador, una parte ejecutante, el cargador, la parte controladora, o el consignatario en virtud de las disposiciones del presente instrumento.

b) [No obstante lo dispuesto en el apartado a) del presente artículo, el porteador o una parte ejecutante podrá aumentar la responsabilidad y las obligaciones que le incumben en virtud del presente instrumento.]

c) Será nula y sin efecto cualquier estipulación por la que se ceda un beneficio del seguro de las mercancías al porteador.

215. Las Reglas de La Haya adoptaron una doctrina unilateral que prohibía que el porteador pudiera reducir su responsabilidad, aunque un porteador pueda aumentarla. No contienen ninguna restricción explícita por lo que se refiere a la responsabilidad del cargador. Las Reglas de Hamburgo no toleran ninguna derogación de sus disposiciones, y eso puede incluir la prohibición de que el cargador aumente su responsabilidad. En cambio, se permite explícitamente que el porteador la aumente.

216. La idea fundamental del presente artículo es prohibir toda reducción de responsabilidad por debajo de lo prescrito en el proyecto de instrumento, pero cabe observar que esa regla general se aplica no solamente a la responsabilidad del porteador sino también a la de las partes ejecutantes, el cargador, la parte controladora, y el consignatario.

217. Las variantes que figuran entre corchetes tratan de la posibilidad de prohibir el aumento de las responsabilidades y obligaciones. Permiten invalidar todo tipo de aumento de las responsabilidades al margen del proyecto de instrumento (sea a título unilateral, sea a título bilateral). El presente proyecto de instrumento contiene normas detalladas acerca de las responsabilidades de las diversas partes, y el efecto que surtiría la imposibilidad de reducirlas o de aumentarlas requiere un análisis muy cuidadoso.

218. La solución de las cuestiones determinadas en el comentario sobre los artículos 3.3 y 3.4 influirá por lo menos en las consecuencias prácticas del presente artículo. En la medida en que equivalentes modernos de un contrato de fletamento o carta partida tradicional (como algunos contratos en función del espacio), los contratos de volumen y los contratos de remolque se excluyen del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, se dispondrá de un mayor campo de libertad contractual. La solución de esos problemas puede requerir también una revisión del texto del presente artículo. Por ejemplo, si se acepta la sugerencia de que se subordinen los contratos en función del volumen a los términos del presente proyecto de instrumento (por lo menos como norma facultativa o de reserva) pero se permite que las partes en un contrato de volumen se aparten de los términos del presente proyecto de instrumento (al menos por lo que se refiere a las partes directas en el contrato de volumen), entonces el presente artículo deberá revisarse para reflejar dicha conclusión.

> 17.2 A pesar de lo dispuesto en los capítulos 5 y 6 del presente instrumento, tanto el porteador como cualquier parte ejecutante podrán, en virtud de los términos del contrato de transporte, excluir o limitar su responsabilidad por pérdida o daño de las mercancías si:
>
> a) Las mercancías son animales vivos; o
>
> b) El carácter o el estado de las mercancías o las circunstancias y los términos y condiciones en que ha de efectuarse el transporte son tales que justifican razonablemente un acuerdo especial, quedando entendido que los transportes comerciales corrientes hechos en el curso normal de las operaciones comerciales no quedarán afectados y que para el transporte de las mercancías no se emitirá ni habrá que emitir un documento de transporte negociable o un documento electrónico negociable.

219. En las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby los animales vivos quedan excluidos de la definición de mercancías. Ahora bien, se estima que la exclusión de animales vivos se justifica únicamente desde el punto de vista de la responsabilidad del porteador. Otras disposiciones, como las que se estipulan en los capítulos 7 y 11, son pertinentes en el caso de transporte de animales vivos. En consecuencia, el mejor lugar para tratar de los animales vivos es la presente disposición.

220. El apartado b) estipula con un texto simplificado la cláusula de evasión, raramente aplicada, del artículo VI de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby.

(A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1)

C. Nota de la Secretaría relativa al anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías: observaciones de la Comisión Económica para Europa y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su noveno período de sesiones

Adición

Los días 30 de enero y 5 de febrero de 2002, la Secretaría recibió las observaciones presentadas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, respectivamente. Esas observaciones se han reproducido en los anexos I y II en la forma en que fueron recibidas por la Secretaría; sólo se han corregido los errores de mecanografía, de fondo y de terminología.

ANEXO I

Observaciones de la secretaría de la Comisión Económica para Europa (CEPE) sobre el proyecto de instrumento de la CNUDMI sobre derecho del transporte[1]

I. Introducción

1. El presente documento consta de tres partes: unas observaciones preliminares en las que se explica brevemente la labor de la Comisión Económica para Europa (CEPE) en el ámbito del transporte multimodal; el capítulo II hace un resumen de las observaciones de la secretaría de la Comisión Económica para Europa (CEPE) al proyecto de instrumento presentado por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el derecho del transporte; y el capítulo III en el que se presentan algunas conclusiones generales.

2. Las observaciones fueron preparadas a instancia de la secretaría de la CNUDMI y para ser incluidas en el documento de antecedentes que será presentado por la secretaría al Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Derecho del Transporte, en su próximo período de sesiones (15 a 26 de abril de 2002) en Nueva York.

3. La CEPE administra unas cincuenta convenciones y acuerdos internacionales en la esfera del transporte, tales como el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), el Convenio internacional para facilitar el paso de fronteras a mercaderías transportadas por ferrocarril, etc. La CEPE ha copatrocinado también el Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercaderías por vías de navegación interior, junto con la Comisión Central para la Navegación del Rin y la Comisión del Danubio. En 1998, los gobiernos de sus Estados miembros (todos los Estados de Europa y de Asia central, Canadá, Israel y los Estados Unidos de América) encargaron a la CEPE que estudiara las posibilidades de conciliar y armonizar los diversos regímenes en materia de responsabilidad civil aplicables al transporte multimodal. En el curso del año 2000 se convocaron dos reuniones de grupos de expertos en los que participaron un gran número de expertos de la administración publica nacional de diversos países y de representantes de cargadores, transitorios, aseguradores, empresas multinacionales, fabricantes, y empresas de transporte marítimo, por carretera, por ferrocarril y combinado. A resultas de esas reuniones se definieron dos claras tendencias: un amplio consenso sobre el principio de que se trabajara hacia el logro de un régimen mas transparente, armónico y eficiente en función de su costo del transporte multimodal, pero no hubo acuerdo sobre el camino a seguir para el logro de ese objetivo, y ni siquiera sobre si sería posible lograrlo mediante una nueva convención o por algún otro medio. Los expertos que acudieron en representación de empresas navieras, así como de transitorios y compañías de seguros no se mostraron en general favorables a la preparación de un régimen jurídico internacional de carácter imperativo sobre la responsabilidad civil aplicable a las operaciones de transporte multimodal. Sin embargo, los expertos procedentes de

[1] Anexo del documento “Derecho del Transporte: Anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías, nota de la Secretaría”, A/CN.9/WG.III/WP.21, de 8 de enero de 2002, págs. 9 a 70. El proyecto de instrumento ha sido preparado por el Comité Marítimo Internacional (CMI).

empresas de transporte por ferrocarril o por carretera, así como del transporte combinado, y los clientes de servicios de transporte y los cargados estimaron que era urgente trabajar hacia la armonización de los regímenes actuales de la responsabilidad y que se necesitaba un único régimen internacional de la responsabilidad civil para las operaciones del transporte multimodal.

4. En conversaciones recientes entre las secretarías de la CEPE, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y de la CNUDMI se convino en la conveniencia y viabilidad de preparar un nuevo instrumento jurídico internacional que abarcara todas las cuestiones que podían suscitarse en la práctica, con la participación activa y aportaciones sustantivas de estas tres entidades de las Naciones Unidas, así como en colaboración con otras entidades interesadas de las Naciones Unidas y con la participación de entidades no gubernamentales interesadas y de agrupaciones profesionales.

II. Observaciones

A. Mandato otorgado

5. El punto de partida de la labor de la CNUDMI sobre un proyecto de Instrumento para el derecho del transporte[2] se encuentra en las deliberaciones abiertas sobre la futura labor en la esfera del comercio electrónico a raíz de la aprobación en 1996 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI, en el 29º período de sesiones de la Comisión. En ese período de sesiones se examinó la propuesta de incluir en el programa de trabajo de la CNUDMI el examen de "las leyes y prácticas actualmente observadas en la esfera del transporte internacional de mercancías por mar, con miras a determinar la necesidad de un régimen uniforme en lugares donde no existiera dicho régimen y con miras a uniformarlo"[3].

6. Durante ese período de sesiones se dijo que "el principal objetivo de la labor sugerida no era el de examinar el régimen de la responsabilidad sino la necesidad de dar soluciones modernas a cuestiones inadecuadamente resueltas o no resueltas en absoluto por los tratados en vigor"[4].

7. La Comisión decidió que la Secretaría de la CNUDMI "sirviera como centro de coordinación para reunir información, ideas y opiniones sobre los problemas planteados en la práctica y sus posibles soluciones. Esa labor recolectora debería ser lo mas amplia posible, participando en ella no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones internacionales que actúan en representación de los sectores comerciales que intervienen en el transporte marítimo de mercancías"[5]. El Comité Marítimo Internacional (CMI) hizo saber, en el 35º período de sesiones de la Comisión en 1998, que agradecía la invitación de cooperar con la secretaría en la

[2] Designado también en adelante por el simple término de "Instrumento".
[3] Documento A/CN.9/497 de la CNUDMI "Posible labor futura sobre el derecho del transporte": Informe del Secretario General, párr. 1.
[4] Ibíd., párr.5.
[5] Ibíd., párr.6.

labor de recabar el parecer de los sectores involucrados en el transporte internacional de mercancías y de preparar un análisis de esa información[6].

8. En su 34º período de sesiones, la Comisión decidió establecer un grupo de trabajo para que examinara cuestiones que se prestaran a ser objeto de su futura labor en el campo del derecho del transporte. Respecto del mandato que había de darse a ese grupo, la Comisión decidió encomendarle inicialmente el examen del régimen de las operaciones de transporte de puerto a puerto (con particular referencia al régimen de la responsabilidad), aun cuando dicho grupo podría estudiar también la conveniencia y viabilidad de extender dicho régimen a las operaciones de transporte de puerta a puerta. Según cuál fuera el resultado de esos estudios, el grupo de trabajo podría recomendar a la Comisión que le ampliara su mandato. La Comisión convino asimismo en que esa labor se llevaría a cabo en estrecha colaboración con otras organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales internacionales interesadas en este campo[7].

9. Es decir, el mandato otorgado es para la revisión del derecho marítimo y está circunscrito a las operaciones de transporte de puerto a puerto. Ello explica que la Secretaría haya recabado la colaboración de entidades interesadas por uno u otro concepto en el transporte marítimo.

10. La secretaría de la CEPE se felicita de la iniciativa de la CNUDMI por armonizar y modernizar el derecho del transporte por mar. Respecto del estudio de la conveniencia y viabilidad de ocuparse de operaciones de transporte de puerta a puerta, la secretaría de la CEPE hace suya la recomendación de la Comisión de que esa labor se lleve a cabo en estrecha colaboración con todos los interesados y está dispuesta a participar activamente en ella.

B. Ámbito de aplicación del Instrumento

11. El Instrumento se denomina proyecto de Instrumento sobre el derecho del transporte. Conforme indica su título, este documento no se ocupa de cuestiones de transporte marítimo como tal. A tenor de su ámbito de aplicación (capítulo 3) y de su definición del contrato de transporte (artículo 1.5), el Instrumento será aplicable siempre que un tramo del transporte se efectúe por mar. Se suscitó la cuestión de la importancia relativa de las demás modalidades de transporte respecto del tramo marítimo, pero se decidió finalmente que el Instrumento “fuera aplicable a todo el recorrido de la operación de transporte con independencia de si el desplazamiento

[6] Ibíd., párr.7. El CMI estableció un Grupo de Trabajo (mayo de 1998) y un Subcomité Internacional (noviembre de 1999) para examinar cuáles eran las esferas del derecho del transporte, no sujetas de momento a un régimen internacional de la responsabilidad, a las que cabría dotar de una mayor uniformidad internacional, y para esbozar un instrumento que sirviera para impartir una mayor uniformidad en este campo, y formular subsiguientemente ciertos proyectos de disposición para su incorporación al instrumento propuesto, particularmente en lo relativo al régimen de la responsabilidad. En septiembre de 2000, el Consejo Ejecutivo del CMI confirmó que el mandato otorgado al Subcomité Internacional se extendía al examen de la posibilidad de que el instrumento preparado se aplicara también a otras formas de transporte relacionadas con el transporte por mar. La conferencia del CMI de Singapur, celebrada en febrero de 2001, examinó el esbozo de Instrumento presentado y concluyó que convendría preparar un Instrumento aplicable al transporte multimodal.

[7] A/CN.9/WG.III/WP.21, párr. 23.

por tierra era de índole subsidiaria al desplazamiento por mar, con tal de que la operación incluyera alguna etapa de transporte por mar”[8].

12. El Instrumento transciende del ámbito del transporte por mar y de las cuestiones del transporte de puerto a puerto, al ocuparse de cuestiones propias del transporte de puerta a puerta.

C. El transporte de puerta a puerta y el sistema de interconexión

13. La extensión del régimen de la responsabilidad del transporte puerto a puerto de las Reglas de Hamburgo, o de carga a descarga de las Reglas de La Haya-Visby, al transporte de puerta a puerta responde a las nuevas condiciones del transporte de mercancías en contenedores. Según el artículo 4.2.1 del Instrumento, los límites de la responsabilidad que, de conformidad con las notas explicativas del artículo 6.7, se inspirarán en lo que disponen al respecto las Reglas de La Haya-Visby, serán aplicables a todo supuesto de daño ocurrido en un segmento no localizado o no ubicado del trayecto recorrido. Esto significa que tal vez se extienda un régimen de la responsabilidad pensado para el transporte marítimo a otras modalidades de transporte, tales como el transporte por carretera, por ferrocarril y por vías de navegación interna. Dicho planteamiento parece, no obstante, cuestionable por no haber tenido en cuenta el Instrumento el punto de vista de las partes interesadas en otras modalidades del transporte distintas del transporte por mar, así como el punto de vista de los expedidores o cargadores, que en última instancia son los que crean la demanda de transporte. Por el contrario, el Instrumento refleja únicamente el punto de vista de entidades comerciales relacionadas con el transporte marítimo.

14. De conformidad con las observaciones formuladas al artículo 4.2.1 del Instrumento se ha de añadir la forma de acomodar el régimen de este Instrumento con el de los convenios aplicables al transporte por vías interiores o terrestres. Este artículo prevé un sistema de interconexión lo menor posible entre dichos regímenes. El régimen del Instrumento dejará de aplicarse únicamente si algún otro convenio, que sea de rango imperativo para el transporte interior, es aplicable para el tramo interior de un contrato de transporte marítimo, y si es evidente que la pérdida o daño ocurrió únicamente en el curso del tramo interior del transporte[9].

15. La amplitud del ámbito de aplicación del Instrumento puede crear conflictos con otros convenios referentes a una sola modalidad de transporte que aborden cuestiones de transporte multimodal combinado, así como en algunos supuestos restrictivamente definidos. Un ejemplo sería el de un camión que transporta mercancías por tierra que haya de ser transportado por mar durante algún segmento de su recorrido total (por ejemplo de Francia al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) y que al descargarse las mercancías no sea posible determinar el lugar donde fueron dañadas. En ese supuesto sería probablemente aplicable el régimen del instrumento como el del Transporte internacional por carretera. El artículo 2 del Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) dice que su régimen se aplica en ese supuesto a todo el trayecto y el capítulo 4 del Instrumento dispone que su régimen será imperativamente

[8] Documento del CMI “*Singapore: issues of transport law - door-to-door transport*”, párrafo 3.2, que puede consultarse en la dirección de Internet www.comitemaritime.org.

[9] Véase A/CN.9/WG.III/WP.21, anexo, párr. 49.

aplicable siempre que no sea posible probar dónde ocurrió el daño o la pérdida[10]. Convendría evitar conflictos de esta índole entre dos o más instrumentos.

16. Es ciertamente necesario explorar posibles vías de armonización del régimen de la responsabilidad aplicable al transporte por mar, por una parte, y al transporte por tierra, por otra. Pese a que seguirán siendo necesarias ciertas reglas relativas a la ley aplicable al transporte multimodal, convendría examinar también las diversas soluciones actualmente existentes en el derecho interno. Por ejemplo, en los Países Bajos, de ocurrir un daño no localizado en una operación de transporte multimodal sería aplicable el régimen que sea más favorable para el consignador o expedidor. Por el contrario, en Alemania sería aplicable a ese mismo supuesto un único régimen inspirado básicamente en el del CMR. Ahora bien, se han previsto ciertas reglas especiales para la notificación de la pérdida, del daño o de la demora y respecto del plazo de prescripción.

17. El transporte multimodal y el transporte multimodal por contenedor (denominado intermodal) conllevan a menudo un tramo marítimo, aun cuando, particularmente en Europa, el transporte multimodal conlleva más a menudo medios de transporte únicamente interiores (denominado a menudo transporte combinado). El subcomité del CMI descubrió que aunque se sigue utilizando el conocimiento de embarque, especialmente si se necesita un documento negociable, el transporte efectivo por mar supone a veces un tramo relativamente breve del transporte internacional de mercancías[11]. Convendría también evaluar a la importancia relativa del tramo marítimo en el transporte intermodal. Según el parecer de la secretaría de la CEPE, si se piensa en otorgar un mandato claro para la preparación de un convenio para el transporte multimodal, conviene no olvidar la creciente integración de las diversas modalidades de transporte en la cadena logística internacional, que hace necesario que el nuevo régimen sea aplicable a todas las combinaciones posibles de transporte, por lo que no cabe restringirlo a la presencia en esa combinación de un tramo marítimo. Es asimismo indispensable que se consulte a los representantes de todos los interesados en el transporte multimodal, así como de los expedidores o cargadores y demás partes interesadas, a fin de que puedan participar en la preparación de dicho instrumento.

18. Según el artículo 6.3.1 del Instrumento, la responsabilidad recae sobre la “parte ejecutante”, es decir, sobre aquellos que cumplen las obligaciones contractuales “básicas” del porteador estipuladas en el contrato de transporte. Cuando la responsabilidad de la parte ejecutante sea invocada directamente por algún demandante que actúe en nombre de los propietarios de la carga, ello significa que ese demandante ha conseguido determinar el lugar donde ha ocurrido la pérdida o el daño. En ese supuesto, si la parte ejecutante llevó a cabo el transporte anterior o subsiguiente al tramo marítimo, según el artículo 4.2.1 del Instrumento, quedará sujeto, en virtud del sistema de interconexión, a otro régimen jurídico de carácter imperativo. ¿Significa eso que en este supuesto serían aplicables las excepciones previstas en el artículo 6.3.3 (incorporadas asimismo en 6.3.1 a))?

---

[10] Ver las observaciones al capítulo 4 del Instrumento en A/CN.9/WG.III/WP.21.

[11] Véase A/CN.9/497, párr. 13.

D. Responsabilidad del porteador o transportista

19. Si se ha previsto que algún futuro instrumento sea aplicable a otras modalidades de transporte distintas del transporte marítimo, será preciso efectuar un análisis comparativo de sus respectivos regímenes de responsabilidad. En la mayoría de los instrumentos unimodales, como el CMR, su régimen de la responsabilidad es de carácter imperativo. El Instrumento prevé, no obstante, ciertos supuestos de autonomía contractual al respecto. Uno es el del artículo 4.3 (contratos combinados de transporte y tránsito que da al transportista la posibilidad de actuar como agente respecto de algún sector especificado del transporte de mercancías, limitando de ese modo su responsabilidad a su deber de obrar con la diligencia debida al seleccionar y dar instrucciones al otro transportista. Otro sería el del artículo 4.1.2, que, al permitirle definir contractualmente el período de su responsabilidad, otorga al porteador un derecho a restringir su responsabilidad (artículos 5.2.1 y 6.1.1). Nada parecido aparece en convenios como el CMR o el Convenio sobre Transporte Internacional por Ferrocarril (COTIF).

20. Las excepciones del porteador están redactadas de cara únicamente al transporte marítimo. Ello puede verse especialmente en los artículos 6.1.2 y 6.1.3 del Instrumento. La secretaría de la CEPE es del parecer que al empezar a preparar un instrumento para el transporte de puerta a puerta, deberá prestarse atención a las excepciones otorgadas por otros convenios de transporte unimodal.

III. Conclusiones

21. Si se trata de buscar soluciones para la cuestión de la responsabilidad civil en el marco del transporte multimodal, la secretaría de la CEPE cree firmemente que la futura labor al respecto deberá evitar estar basada en las necesidades propias de alguna modalidad de transporte particular. Será, por ello, necesario consultar a todos los interesados e invitarles a participar en la preparación de dicho instrumento.

22. La secretaría de la CEPE juzga importante conciliar, a largo plazo, el régimen de la responsabilidad civil para el transporte multimodal en una única reglamentación, lo que eliminaría la actual incertidumbre jurídica y la búsqueda por las partes del régimen más favorable. Por consiguiente, se ha de evitar crear diversos regímenes de transporte multimodal que tal vez sean simultáneamente aplicables. Dada la situación especial del derecho marítimo, la secretaría de la CEPE opina que la CNUDMI ha dado un paso importante hacia la revisión y modernización del derecho aplicable al transporte marítimo internacional de mercancías. En este contexto, son notables las contribuciones efectuadas por el CMI.

23. La secretaría de la CEPE opina que, en la etapa actual, la Comisión debe centrar sus esfuerzos en soluciones puerto a puerto. Las soluciones puerta a puerta requieren aún ulterior estudio y consulta. El Instrumento en su forma actual no resulta adecuado al transporte multimodal, al no haberse considerado todos los factores requeridos, algunos de los cuales se han descrito anteriormente.

24. La secretaría de la CEPE sugiere por ello que la CNUDMI, en la próxima reunión del Grupo de Trabajo sobre Derecho de Transporte (15 a 26 de abril

de 2002), examine el transporte de puerta a puerta y de puerto a puerto por separado.

25. La secretaría de la CEPE ha sugerido organizar una reunión global conjunta CNUDMI-UNCTAD-CEPE para escuchar a todos los sectores industriales y demás partes interesadas en el transporte multimodal, lo que ayudaría a determinar la conveniencia y viabilidad de un nuevo instrumento internacional sobre contratos de transporte multimodal, con particular referencia a su régimen de la responsabilidad.

ANEXO II

Proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte Observaciones presentadas por la secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

I. Introducción

1. Al definir el mandato del Grupo de Trabajo, la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional en su 34º período de sesiones dispuso expresamente que ... "las deliberaciones del Grupo de Trabajo abarcaran en un principio las operaciones de transporte de puerto a puerto; no obstante, el grupo de trabajo tendría libertad para estudiar si sería conveniente y viable ocuparse también de las operaciones de transporte puerta a puerta, o de determinados aspectos de esas operaciones y, según los resultados de esos estudios, recomendar a la Comisión una ampliación apropiada del mandato del Grupo de Trabajo ... . Se convino asimismo en que la labor se llevase a cabo en estrecha colaboración con organizaciones intergubernamentales interesadas que se ocupaban del derecho del transporte (como la UNCTAD, la CEPE ...)[1].

2. La labor de la UNCTAD en el campo del derecho del transporte, incluido tanto el transporte marítimo como multimodal, remonta a comienzos del decenio de 1970. Entre las esferas abordadas cabe señalar: la labor preparatoria inicial relativa a las Reglas de Hamburgo[2]; la preparación y aprobación (bajo los auspicios de la UNCTAD) del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, de 1980; la preparación, juntamente con la Cámara de Comercio Internacional, de las Reglas de la UNCTAD/CCI aplicables a los documentos relativos al transporte multimodal; un análisis de la aplicación de las reglas aplicables al transporte multimodal[3] a raíz de una solicitud emanada de la Conferencia Ministerial de la UNCTAD (celebrada en Bangkok en febrero de 2000). Más recientemente se convocó una reunión especial de expertos sobre transporte multimodal (noviembre de 2001), y a raíz de sus recomendaciones, la secretaría tiene la intención de estudiar la viabilidad de establecer un nuevo convenio internacional sobre el transporte multimodal que goce de amplia aceptación. Los resultados de ese estudio serán puestos a disposición del Grupo de Trabajo en la confianza de que le sean útiles a la hora de adoptar su propia decisión.

3. A la luz de estos antecedentes, se presenta este comentario sobre el proyecto de Instrumento a la consideración del Grupo de Trabajo. Se hacen además algunas observaciones generales en las que se dan a conocer graves inquietudes y se hacen observaciones sobre determinadas disposiciones. Por falta de tiempo y de espacio, estas observaciones son de índole preliminar.

---

[1] Véase *Documentos oficiales de la Asamblea General; quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 345.

[2] Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978.

[3] Véase el documento UNCTAD/SDTE/TLB/2 y Add.1.

II. Observaciones generales

4. El proyecto de Instrumento reproducido como anexo del documento A/CN.9/WG.III/WP.21 se denomina “Proyecto de Instrumento sobre el derecho del transporte”. Se ocupa, en gran medida, de asuntos ya cubiertos por regímenes de la responsabilidad de rango imperativo relativos al transporte de mercancías por mar, principalmente por las Reglas de La Haya-Visby[4] y las Reglas de Hamburgo. El proyecto de Instrumento contiene asimismo diversos capítulos que se ocupan de asuntos que actualmente no son objeto de normas de derecho internacional uniforme, tales como el flete, y la transferencia de derechos y el derecho de demanda judicial. Convendría prestar particular atención a algunos aspectos del proyecto de Instrumento que suscitan particular inquietud y que se especifican a continuación.

Ámbito de aplicación sustantiva

5. Pese a que el mandato actual del Grupo de Trabajo no va más allá del examen del transporte puerto a puerto, el proyecto de Instrumento contiene disposiciones que serían aplicables al transporte de puerta a puerta (ver también el título: “Proyecto de Instrumento sobre el derecho del transporte”). Según la definición dada en el artículo 1.5 del proyecto de Instrumento, los contratos de transporte multimodal que conlleven un tramo por mar quedarán cubiertos por el régimen propuesto. Ello suscita inquietud al haber sido preparado el proyecto de Instrumento por representantes de intereses únicamente marítimos, es decir, el Comité Marítimo Internacional (CMI), sin haber consultado ampliamente con comerciantes que practiquen y conozcan bien otras modalidades de transporte. Como resultado su régimen se inspira esencialmente en conceptos marítimos y en el régimen marítimo de la responsabilidad, lo que pone en entredicho su idoneidad como marco legal moderno para regular contratos relativos a diversas modalidades de transporte (por ejemplo, por aire, carretera, ferrocarril o vías internas de navegación, así como por mar).

6. El actual marco regulatorio en la esfera del transporte multimodal internacional es notoriamente complejo y no existe ningún régimen uniforme de la responsabilidad que rija en el ámbito internacional. A resultas de ello, la responsabilidad está fragmentada, por lo que no puede evaluarse por adelantado[5]. Si bien sería conveniente que se preparara una reglamentación internacional uniforme de la responsabilidad, ese régimen habría de ofrecer claras ventajas sobre el existente, para tener éxito. Todo nuevo régimen que esté mal preparado o que no tenga éxito sólo agravaría la complejidad actual, sin aportar ningún provecho. El proyecto de Instrumento no parece ofrecer una solución que cumpla con estos requisitos. Sin entrar a valorar el mérito sustantivo de sus disposiciones, cabe señalar que el proyecto de Instrumento no ofrece niveles uniformes de responsabilidad para todas las etapas del transporte, sino que otorga preferencia al

[4] Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, 1924 (Reglas de La Haya), enmendado en 1968 y en 1979.

[5] Para un examen general de la reglamentación existente véase el informe y el cuadro comparativo sobre Implementation of Multimodal Transport Rules, preparado por la secretaría de la UNCTAD (UNCTAD/SDTE/TLB/2, y Add.1).

régimen unimodal imperativamente aplicable en todo supuesto en el que quepa atribuir la pérdida o el daño a una determinada etapa o segmento de una operación multimodal (a resultas de este enfoque "interconectado" del régimen de la responsabilidad, la determinación de las cuestiones de responsabilidad en operaciones de puerta a puerta seguiría suscitando la cuestión de cuál será el régimen aplicable en determinada jurisdicción al supuesto considerado. No parece claro cuál sería la ventaja aportada por esta solución al actual marco regulatorio. El comentario analítico del presente documento versa sobre la integridad del texto del proyecto de Instrumento presentado. Ahora bien, se sugiere eliminar de ese texto todas aquellas disposiciones que amplían el ámbito de aplicación de su régimen más allá del transporte de puerto a puerto, y que, de acuerdo con su mandato, el Grupo de Trabajo se ciña en su comentario a cuestiones que sean propias del transporte marítimo.

Régimen sustantivo de la responsabilidad

7. El régimen sustantivo de la responsabilidad presentado en el proyecto de Instrumento parece consistir en una amalgama más bien compleja del régimen de La Haya-Visby con el de las Reglas Hamburgo, junto con algunas modificaciones importantes de fondo, o de índole estructural y textual. Con ello se sacrifican, en notable medida, las ventajas dimanantes de la certeza del sentido conocido de las disposiciones de los regímenes existentes. Esto deberá tenerse presente al examinar la conveniencia de ciertas disposiciones del proyecto de Instrumento, que están inspiradas en las de regímenes existentes, pero en las que se modifica notablemente su formulación o su marco original. En su conjunto, el proyecto de Instrumento parece adoptar un nuevo criterio para la distribución de riesgos entre el porteador y los propietarios de la carga, que favorece a los porteadores. A diferencia de las reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo, no se observan indicios de que se trate de proteger los intereses de terceros en el contrato de transporte.

Regulación de asuntos que no son actualmente objeto de ninguna norma de derecho internacional uniforme

8. Los capítulos 9 (Flete), 11 (Derecho de control), 12 (Transferencia de derechos) y 13 (Derechos de demanda judicial) se ocupan en particular de asuntos de cierta complejidad que no han sido de momento resueltos por ningún convenio internacional. El derecho interno actualmente aplicable en la materia difiere de un país a otro, por lo que no cabe prever que exista un consenso internacional al respecto. Con esos antecedentes, toda tentativa de preparar un régimen aceptable deberá hacerse con una finalidad clara y cuidadosamente estudiada y prestando la debida atención al detalle. Las disposiciones presentadas en el proyecto de Instrumento no parecen lo bastante claras y exentas de puntos contenciosos para ser incluidas en un nuevo régimen internacional. El Grupo de Trabajo tal vez desee, por ello, considerar en términos generales, si es aconsejable tratar de resolver estos asuntos en la etapa actual.

Estructura y texto del proyecto presentado

9. Tanto el texto como la estructura del proyecto de Instrumento son innecesariamente complejos y confusos. Por desgracia, se ha prestado escasa atención a la necesidad de que un régimen internacional uniforme sea fácil de entender y de aplicar. Muchas de sus disposiciones son innecesariamente complejas y se abusa en su texto de la remisión interna. Se requerirá una notable pericia legal para comprenderlas y se ha dejado en su texto amplio margen para la interpretación. La determinación de su sentido y la aplicación de sus reglas dará a menudo lugar a prolongada y costosa litigación. Su régimen se presta a notables divergencias de interpretación de un foro a otro, lo que sin duda no es deseable. La complejidad del proyecto de Instrumento, a la luz de su texto y de estructura actual, dificulta globalmente la evaluación de su impacto eventual. Lamentablemente, resulta por ello probable que toda tentativa de enmendar el texto de una u otra de sus disposiciones suscite nuevos problemas que no sean inmediatamente evidentes. De hecho, resulta dudoso que se pueda convenir en un texto adecuado para un régimen uniforme y viable en la práctica sobre la base del proyecto de Instrumento presentado.

III. Comentario de determinadas disposiciones

Nota: Este comentario debe leerse junto con el texto de la disposición pertinente reproducida en el documento A/CN.9/WG.III/WP.21.

A. Definiciones

10. La estructura del capítulo en donde se definen los términos que se utilizarán en todo el texto del proyecto de Instrumento adolece de falta de coherencia. La claridad exige que las partes afectadas por el proyecto de Instrumento, así como toda referencia a ellas, sean tratadas sucesivamente. Por idéntica razón, toda definición relativa a documentos de papel y electrónicos relativos al transporte debe aparecer en el lugar oportuno y por orden sucesivo. El texto de muchas definiciones resulta a menudo complicado y se presta a incertidumbre, mientras que la finalidad de toda definición es la de aclarar el término definido. Tampoco está claro por qué ninguna de las definiciones respeta el texto establecido en convenios ya existentes.

11. **Artículo 1.1, Porteador**: Se trata de una definición restrictiva en la que no se hace referencia alguna a las partes en cuyo nombre se concierta el contrato de transporte. La conceptuación del transitorio (*freight forwarder*) no parece clara a tenor del proyecto de Instrumento, ya que esa parte quedaría al parecer englobada por la definición de porteador.

12. **Artículo 1.2, Consignatario**: Esta definición está complementada por la definición de tenedor (art. 1.12) en todo supuesto en el que se utilice un documento de transporte consignado sobre papel o sobre soporte electrónico que sea “negociable”. Esta definición remite a un documento de transporte de papel o sobre soporte electrónico y al contrato de transporte. Cabe señalar que pueden haberse emitido diversos documentos de transporte con arreglo a la definición del artículo 1.20, p. ej., por el porteador contratante y por diversas partes ejecutantes

(véase la observación al artículo 1.20) en los que se designe a diversos consignatarios.

13. **Artículo 1.3, Consignador**: Esta definición está restringida a la noción de una "persona" que entrega mercancías a un porteador. No se menciona la entrega de mercancías a una parte ejecutante ni la entrega efectuada por alguien que actúe en nombre del cargador o del consignatario. La parte dispositiva del proyecto de Instrumento hace referencia expresa al consignador únicamente en su artículo 8.1, donde se le otorga el derecho de reclamar un recibo al efectuar la entrega de las mercancías a un porteador o parte ejecutante. Si el documento de transporte designa al consignador como cargador, el artículo 7.7 será aplicable, lo que haría recaer algunas de las responsabilidades del cargador sobre el consignador.

14. **Artículo 1.4, Contenedor**: La definición de contenedor es sumamente amplia por lo que se presta a incluir toda unidad de carga que se utilice para agrupar mercancías. Esa amplitud de la definición deberá ser tenida en cuenta al considerar el derecho genérico de que goza el porteador para cargar o transportar contenedores sobre cubierta (art. 6.6.1 ii)), lo que lleva aparejada una responsabilidad mucho más limitada respecto de la pérdida de dicha carga, y al considerar el derecho del porteador a condicionar su aceptación de la descripción de las mercancías (art. 8.3).

15. **Artículo 1.5, Contrato de transporte**: Se trata de una de las disposiciones de índole más básica, controvertida y problemática del proyecto de Instrumento. Esta definición pudiera ser aplicable a todo contrato para el transporte de mercancías por vías o modalidades distintas (ver igualmente el título del proyecto de Instrumento: "Proyecto de Instrumento sobre el derecho del transporte"). Normalmente, en un contrato de transporte de puerta a puerta no se indicarán todas las modalidades de transporte a utilizar. Es posible que por razones comerciales el porteador decida efectuar por mar una parte del transporte sin darlo a conocer a los propietarios de la carga. Con arreglo a la definición, un contrato de transporte multimodal quedaría sujeto al régimen del Instrumento si una parte del transporte se efectúa por mar. A resultas de ello, la mayoría de los contratos de transporte internacionales podrían quedar sujetos a un texto esencialmente basado en un régimen de la responsabilidad y conceptos propios del transporte marítimo, y que ha sido formulado al servicio de intereses básicamente marítimos (Comité Marítimo Internacional), sin consultar con los representantes de otras modalidades de transporte. El ámbito de aplicación sustantivo sugerido para el proyecto de instrumento se extiende más allá del mandato inicialmente otorgado por la Comisión al Grupo de Trabajo[6]. Además, el proyecto de Instrumento no parece ofrecer una reglamentación coherente y adecuada del transporte multimodal (ver Observaciones generales *supra*). El ámbito de aplicación sustantiva del régimen actualmente examinado debe por ello ceñirse al transporte marítimo, por lo que debería enmendarse el texto del artículo 1.5 con miras a declararlo únicamente aplicable a los contratos de transporte de mercancías por mar.

16. **Artículo 1.6, Datos del contrato**: Esta definición ha de ser considerada junto con el artículo 8.2 que indica los datos del contrato que han de figurar en todo documento de transporte sobre papel o electrónico que emita el porteador o la parte ejecutante. En el artículo 7.7, el proyecto de Instrumento se refiere a la persona

[6] Véase *Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17 y correcciones* (A/56/17 y Corrs.2 y 3), párr. 345.

identificada como “cargador” en los datos del contrato, aunque no está claro que la definición del artículo 1.6 (“información referente al contrato de transporte o a las mercancías”) se preste a incluir esos datos.

17. **Artículo 1.7, Parte controladora**: No está claro por qué el derecho de control se define por separado en el artículo 1.18, que hace remisión al artículo 11.2, y por qué no se definen sucesivamente las nociones de parte controladora y de derecho de control. En aras de la claridad, toda definición del derecho de control y de parte controladora debería hacerse sucesivamente o en una única disposición.

18. **Artículo 1.9, Documento electrónico**: Toda definición de documento de transporte y de documento electrónico debe, por razones de claridad, hacerse sucesivamente, una vez que se hayan definido las partes pertinentes (ver observación al artículo 1.20). Cabe señalar que a tenor de la segunda parte del artículo 1.9, en su forma actual, toda información que inserte el porteador o la parte ejecutante subsiguientemente a la emisión del documento electrónico será tenida como formando parte de dicho documento, a tenor de su definición actual. Esto podría ser problemático, dado que la amplitud de la terminología utilizada permitiría al porteador incluir condiciones contractuales adicionales en un documento electrónico ya emitido.

19. **Artículo 1.11, Mercancías**: Esa definición habla de las mercancías que un porteador o una parte ejecutante “haya recibido para su transporte” en vez de que “se haya comprometido a transportar”. A resultas de ello, la definición no incluiría tal vez las mercancías que el porteador no haya aceptado recibir o, según el caso, no haya cargado en su buque, lo que conviene evitar enmendando el texto de la definición. A diferencia de las Reglas de La Haya-Visby (artículo I c)), pero al igual que las reglas (artículo 1 5)), la definición de mercancías incluye a los animales vivos y a la carga sobre cubierta, pero se ha previsto la responsabilidad por ese concepto del porteador en disposiciones especiales y de índole compleja que figuran en los artículos 6.6 y 17.2 a) (véanse allí las observaciones al respecto).

20. **Artículo 1.12, Tenedor**: La noción de tenedor es particularmente importante respecto del llamado derecho de control, así como respecto de la transferencia de derechos (caps. 11 y 12), y del derecho de entrega (cap. 10). Ahora bien, se hace también referencia al tenedor en otras partes del proyecto de Instrumento (caps. 2, 9 y 13).

21. **Artículo 1.14, Documento de transporte negociable**: Esta definición debería figurar a continuación de la definición de “documento de transporte” (artículo 1.20). Como se ha indicado ya, desde diversos ángulos, durante el proceso de consulta en el marco del CMI, el empleo del término “negociable” es problemático. La definición aquí propuesta no aclara qué efecto surtirá consignar las mercancías “a la orden del expedidor, a la orden del consignatario o al portador”. En algunos ordenamientos, un documento así definido sería auténticamente negociable en el sentido de conferir plenamente la titularidad (es decir la propiedad sin gravamen alguno) al consignatario (endosatario). En otros ordenamientos, ese documento tal vez sólo transfiera un derecho exclusivo a reclamar del porteador la entrega de las mercancías. Mientras que en otros ordenamientos, la indicación “a la orden” pudiera no ser el criterio requerido para la transferibilidad del derecho.

22. **Artículo 1.17, Parte ejecutante**: Esta compleja disposición es muy importante por definirse en ella las partes sobre las que recaerán las obligaciones y

responsabilidades del porteador (art. 6.3.1) y que podrán ser demandadas directamente por los propietarios de las mercancías. Esta definición abarca únicamente a partes que llevan a cabo ciertas funciones contractuales del porteador, a saber, las de transporte, manipulación, custodia o almacenamiento de las mercancías y que no hayan sido contratadas por el cargador o el consignatario o por uno de sus agentes, empleados o subcontratistas. No existe ninguna disposición en el proyecto de Instrumento relativa a la responsabilidad de las partes que ejecuten otros aspectos del contrato de transporte. Ello significa que las partes que ejecuten otras funciones del porteador estipuladas en el contrato de transporte, al no estar cubiertas por la definición, no estarán sujetas a su régimen de la responsabilidad en ninguna acción entablada contra ellos por los propietarios de las mercancías, mientras que esas partes podrán invocar toda excepción o limitación de la responsabilidad de que disponga el porteador con arreglo al régimen del Instrumento (art. 6.3.3). Un ejemplo mencionado en la nota explicativa del proyecto de instrumento[7] (en su párrafo 17) es el de una compañía de seguridad que vigila un almacén de contenedores o un astillero que se ocupa de garantizar la navegabilidad de un buque. El demandante, que actúe en calidad de propietario de las mercancías, gozará de diversas acciones según cuál sea el régimen aplicable, que dependerá de cuál de las partes, encargadas del cumplimiento de uno u otro aspecto del contrato de transporte, sea responsable de la pérdida, daño o demora. La complejidad de este factor de conexión puede dañar a los propietarios de la carga y puede elevar además los costos (de determinación del lugar donde ocurrió la pérdida y de asesoramiento jurídico sobre el régimen aplicable).

23. Cabe señalar que esta definición se ha formulado con miras a excluir de su ámbito todo porteador que sea un subcontratista intermedio. Son partes ejecutantes únicamente aquellas que intervienen de hecho en la ejecución del contrato, pero no aquellas que llevan a cabo ciertas partes de las obligaciones contractuales del porteador o subcontratan su ejecución. Esta formulación restrictiva parece arbitraria y potencialmente problemática. El ejemplo mencionado en la nota explicativa del proyecto de instrumento (en su párrafo 18) es elocuente al respecto: un porteador marítimo subcontratista que haya subcontratado a su vez el cumplimiento de sus obligaciones quedaría fuera de la definición de “parte ejecutante”. El que esta parte quede o no sujeta, en una acción interpuesta por el porteador principal, al régimen del Instrumento, dependerá de que a) el transporte subcontratado sea o no internacional o b) del régimen al que remita el contrato (véase el artículo 3). Sus subcontratistas, por ejemplo, un porteador marítimo y una empresa estibadora serían, no obstante, partes ejecutantes con arreglo al régimen del Instrumento y el demandante eventual podría demandar directamente a esas partes. Ahora bien, el demandante tal vez no sepa cuál es la empresa estibadora contratada por un porteador subcontratista y si esa parte es o no responsable de la pérdida, el daño o la demora. Además, la parte ejecutante tal vez pueda, en el supuesto de ser demandada, ampararse en su contrato con alguna otra parte (por ejemplo, un porteador subcontratista) que no haya contraído ninguna obligación directa con el propietario de la carga. El propietario de la carga no podrá alegar en su demanda ningún derecho, basado en el régimen del instrumento, contra el subcontratista intermedio que tal vez sea más solvente (por ejemplo, un naviero cuyo buque pueda ser embargado como garantía para responder del importe de la demanda). A la luz de lo dispuesto en el proyecto de Instrumento, en lo relativo al transporte que preceda o siga al transporte por mar (art. 4.2.1), al contrato combinado de transporte y de

tránsito (art. 4.3) o a la contratación de servicios externos (art. 5.2.2), parece claro que, en muchos supuestos, sería extremadamente difícil determinar quién sería responsable a tenor del régimen. De hecho, tal vez ninguna de las partes sea técnicamente parte ejecutante.

24. En su forma actual, esta definición es sumamente compleja y puede ser fuente de gran incertidumbre. Si los subcontratistas que llevan a cabo las obligaciones del porteador contractual han de quedar sujetos al régimen de responsabilidad del Instrumento, no debe hacerse ninguna distinción entre las funciones, según hayan sido o no subcontratadas, ni entre los subcontratistas que las llevan a cabo (comparar, por ejemplo, con el artículo 1 2) de las reglas de Hamburgo, que define "porteador efectivo"). Debe observarse asimismo que dada la complejidad y la índole restrictiva de la definición del artículo 1.17, resultará a menudo difícil identificar correctamente la "parte ejecutante" responsable en el plazo de un año para la apertura de un procedimiento judicial o arbitral (artículo 14.1). De hecho la responsabilidad de un porteador ejecutante dependerá de que la demanda sea presentada contra la parte que proceda y ante el foro competente en el breve plazo de un año.

25. **Artículo 1.18, Derecho de control**: Toda referencia al derecho de control debería figurar en la definición de "parte controladora" (artículo 1.7). La disposición del artículo 1.18, en su forma actual, no da ninguna definición.

26. **Artículo 1.19, Cargador**: Al igual que la definición de porteador, la definición de cargador no incluye expresamente una parte en cuyo nombre se concierte un contrato de transporte.

27. **Artículo 1.20, Documento de transporte**: No está claro por qué la definición de documento de transporte incluye a) un simple recibo, b) un simple contrato y c) un documento de transporte tradicional que sirva a la vez de recibo y de contrato de transporte. Esta disposición habrá de ser considerada particularmente en relación con el capítulo 8. El capítulo 8 se ocupa de los aspectos sustantivos de los documentos de transporte, pero no parece ser significativamente aplicable respecto de los documentos definidos en el anterior apartado b). La definición del artículo 1.20 se refiere a un "documento emitido con arreglo a un contrato de transporte por un porteador o por una parte ejecutante". Debe señalarse que esta definición puede dar lugar a que diversos documentos de transporte emitidos por diversas partes subcontratantes queden sujetos a los requisitos documentarios del capítulo 8. Esto podría ser fuente de confusión, particularmente en vista de que, conforme a su texto actual, el proyecto de Instrumento tal vez sea aplicable al transporte multimodal (véase el artículo 1.5). Un transportista sin buques propios subcontrata con un porteador marítimo y dos transportistas terrestres distintos para llevar a cabo segmentos separados de un transporte puerta a puerta. El porteador marítimo subcontratista subcontrata a su vez el transporte a partir de un puerto intermedio. El primer porteador marítimo subcontratista (que no sería parte ejecutante con arreglo al artículo 1.17) emite un documento de transporte en nombre del porteador contratante (sin buques propios). De modo parecido, todas las partes que, conforme a la definición, son parte ejecutante (artículo 1.17), es decir, el porteador marítimo subcontratado y los dos transportistas por tierra emiten un documento de transporte al hacerse cargo de las mercancías para su transporte. La definición aquí propuesta abarcaría al parecer todos esos documentos, y el régimen aplicable a los documentos de transporte (cap. 8) sería a su vez aplicable a toda

demanda presentada por un propietario de las mercancías contra alguna parte ejecutante, aun cuando los documentos de transporte no obren en poder del demandante y aun cuando el demandante tal vez no sea el consignatario a tenor de esos documentos (véase el artículo 1.2).

B. Comunicaciones electrónicas

28. **Artículo 2.1**: Dado que la práctica de comerciar por vía electrónica o por medio de "documentos electrónicos" no está plenamente desarrollada, toda propuesta de reglamentar esta práctica habrá de ser cuidadosamente considerada velando por que a) facilite las operaciones y b) salvaguarde la seguridad requerida. El artículo 2.1 dispone que la emisión y empleo de un documento electrónico podrá efectuarse por "consentimiento implícito". Ello suscita cierta inquietud, al poder dar lugar a algún problema probatorio. Parecería preferible que se admitiera únicamente este recurso a la vía electrónica por acuerdo expreso de las partes.

29. **Artículo 2.2.1**: El artículo 2.2.1 prevé la sustitución de un documento de transporte por un documento electrónico. En su forma actual, esta disposición parece problemática, ya que pudiera haber dificultades al efectuar esa sustitución. No está claro lo que sucedería si el tenedor no presenta el juego completo de los documentos de transporte inicialmente emitidos.

30. **Artículo 2.2.2**: El artículo 2.2.2, en su forma actual, no indica claramente cuáles son los datos que habrán de figurar en el sucedáneo electrónico de un documento de transporte. No está claro, por ejemplo, si en el supuesto de que se deteriore el estado de las mercancías tras la emisión de un documento electrónico y (antes de emitirse un documento de transporte sustitutivo), el porteador estará facultado para insertar una declaración por la que condicione su aceptación del estado declarado de las mercancías. Tampoco está clara la fecha que habría de llevar el documento de transporte sustitutivo.

31. **Artículo 2.3**: La noción de "escrito" no está definida en ninguna parte del proyecto de Instrumento (véase el artículo 1 8) de las Reglas de Hamburgo).

32. **Artículo 2.4**: Cabe cuestionar la suficiencia de la protección otorgada a terceros, que tal vez no conozcan el protocolo (reglas de procedimiento) convenido entre las partes originarias, y que no sea posible deducir su contenido de lo consignado en el documento electrónico. Se diría que todos los detalles de las reglas de procedimiento convenidas deberán figurar en el documento electrónico o ser adjuntadas a ese documento.

C. Ámbito de aplicación

33. **Artículo 3.1**: Según el artículo 3.1, el proyecto de Instrumento será aplicable a todo contrato internacional en el que el lugar de recepción de las mercancías o el lugar de su entrega esté en un Estado contratante, conforme a los apartados a) y b), o en el que el contrato remita al régimen del Instrumento o a una norma de derecho interno por la que se dé curso a ese régimen e). En los apartados a) y b) no está claro por qué se hace referencia no sólo al lugar o lugares indicados en el contrato, sino también al lugar indicado en los datos del contrato. Si se ha emitido un

documento de transporte, sobre papel o sobre soporte electrónico, los datos del contrato deberán coincidir con los consignados en el contrato (art. 1.6), por lo que esa referencia parece innecesaria. Los textos entre corchetes hacen referencia a ciertos factores de conexión adicionales que pueden hacer aplicable el régimen del Instrumento.

34. **Artículo 3.1 a) y b), puertos de carga o descarga contractuales**: La aplicación del régimen debe quedar restringido al transporte marítimo únicamente, es decir al transporte de puerto a puerto. Ahora bien, en su forma actual, esta disposición, leída en conjunción con el artículo 1.5, haría que ese régimen fuera aplicable no sólo al transporte de puerto a puerto sino que introduciría un factor de conexión bastante arbitrario, a saber, el de un puerto intermedio de carga o descarga. En el transporte multimodal, la selección por el transportista de la modalidad de transporte para determinados segmentos del transporte no debería afectar a la aplicación del régimen de la responsabilidad. La inclusión de este factor de conexión sugerido parece por ello arbitraria y su aplicación haría más incierta la aplicabilidad del régimen del Instrumento.

35. **Artículo 3.1 c), Lugar en donde efectivamente se hace la entrega**: Este factor de conexión es fuente de incertidumbre, ya que no estaría claro, en el momento de recepción por el porteador de las mercancías para su transporte, si el régimen del Instrumento será o no eventualmente aplicable. Las Reglas de Hamburgo se refieren a un factor de conexión similar en el artículo 2 1) c). (N.B.: fuera del supuesto de una operación de transporte marítimo a bordo de un buque fletado, este factor de conexión pierde todo sentido, ya que no es normal convenir en lugares facultativos de entrega en las operaciones de puerta de puerta). Conforme a la práctica actual, las partes, en un contrato para el transporte marítimo de mercancías sobre un buque fletado, pueden convenir en uno o más lugares optativos de descarga. El conocimiento de embarque puede llevar consignadas todas las condiciones del contrato de fletamento, incluidos los diversos puertos optativos de descarga en ella estipulados, por lo que una vez transferido el conocimiento a un tercero, sus condiciones, así como la selección del puerto de descarga, son factor de particular interés para toda persona que tenga un derecho a reclamar la carga. Ahora bien, debe observarse que con arreglo al derecho mercantil internacional, un vendedor c.i.f. o de servicios f.o.b. ha de presentar un conocimiento de embarque respecto del destino de las mercancías, por lo que un conocimiento que ofrezca como punto de destino una selección de puertos adicionales no será normalmente aceptable, por ejemplo, en supuestos que se rijan por las INCOTERMS (International Commercial Terms) de la Cámara de Comercio Internacional o en los que se haya de efectuar el pago por carta de crédito con arreglo a las RUU 500 (Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios).

36. **Artículo 3.1 d), Lugar de conclusión del contrato o de emisión de un documento de transporte/documento electrónico**: A la luz de la práctica moderna, no parece justificada la importancia otorgada al lugar donde el contrato se haya concluido. Además, en la práctica puede resultar difícil de determinar tanto el lugar de conclusión del contrato como el lugar de emisión de un documento electrónico.

37. **Artículo 3.2**: El texto del artículo 3.2 corresponde al de otros convenios internacionales, tales como las Reglas de La Haya-Visby o las Reglas de Hamburgo. En aras de una mayor uniformidad y para evitar dudas, convendría que se hiciera una remisión al derecho por lo demás aplicable. Con ello se conseguiría que todo

nuevo Instrumento fuera aplicable con independencia de la ley aplicable al contrato o al documento de transporte.

38. **Artículo 3.3.1**: Los regímenes convencionales de índole imperativa actualmente existentes no son aplicables al contrato de fletamento, primordialmente por razón de que estos contratos, a diferencia del contrato o póliza de fletamento, son individualmente negociados por entidades que gozan de similar margen para negociar. Cabe por ello justificar que los contratos de fletamento queden excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de Instrumento. Ahora bien deben quedar incluidos en su ámbito de aplicación otros tipos de contratos en los que el porteador imponga condiciones uniformes que no sean objeto de negociación individual.

39. **Artículo 3.3.2**: Pese a la intención de que el proyecto de Instrumento sea lo más completo posible en lo relativo al régimen aplicable al derecho de control, a los derechos de transferencia y a los derechos de demanda judicial, no existe ninguna indicación del momento en el que un documento consignado sobre papel o sobre soporte electrónico que haya sido emitido a raíz de un contrato de fletamento pasa a regir las relaciones contractuales entre el porteador y el tenedor de ese documento. En aras de la certidumbre, convendría aclarar este punto, al menos si se han de retener las disposiciones de los capítulos 11 a 13. Respecto del texto entre corchetes, véase el comentario al artículo 3.3.1.

40. **Artículo 3.4**: Véase la observación en el artículo 3.3.1.

D. Período de responsabilidad

41. **Artículo 4.1**: Las disposiciones relativas al período de responsabilidad aplicable a la operación son de suma importancia, pero deben ser examinadas más a fondo y reformuladas. En el artículo 4 de las Reglas de Hamburgo puede verse una regla clara por la que se define el período de responsabilidad de un porteador. El artículo 4.1.1 del proyecto de Instrumento parece, establecer a simple vista un período de responsabilidad similar, a saber “desde el momento en que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías de su transporte hasta el momento en que las mercancías se entregan ...”. El término “se entrega” corresponde a un concepto jurídico bien definido (por ejemplo, en los contratos de compraventa), que designa la entrega voluntaria de la posesión de un objeto. Pese a que el contrato puede definir una obligación de recepción de la mercancía o de efectuar su entrega, es evidente que no es el contrato sino el hecho de esa recepción o entrega lo que determina el momento en que esa obligación quedará cumplida, es decir, el momento efectivo de la recepción o de la entrega. No obstante, si bien el artículo 4.1.1 parece dar a entender que el período efectivo de la responsabilidad abarca el tiempo transcurrido desde la recepción (efectiva) hasta la entrega (efectiva), el artículo 4.1.2 y el artículo 4.1.3 dan a entender lo contrario. Los factores determinantes del período de la responsabilidad contractual del porteador son en primer lugar el acuerdo contractual, o en su defecto las prácticas o usos del comercio y únicamente como solución supletoria la recepción y la entrega efectivas. En el artículo 4.1.3, el momento o el lugar de la entrega está definido, en ausencia de toda estipulación contractual al respecto o de toda práctica o uso comercial aplicable, como el lugar de “descarga de las mercancías desde el último buque o vehículo...” utilizado.

42. Si, tal como se sugiere, se permite que el contrato determine el momento de recepción y el momento de entrega de las mercancías sin fijarse ningún límite o directriz legal al respecto, es probable que los porteadores marítimos opten por estipular que su responsabilidad se extiende desde el momento en que se carga la mercancía hasta el momento en que se descargue, a fin de minimizar el período de su responsabilidad contractual. Ello se prestaría a abuso, ya que el porteador marítimo podría reducir así su período de responsabilidad contractual estipulando en sus condiciones generales que queda "convenido" que la recepción y la entrega coincide con la carga efectiva de la mercancía en el buque y su descarga efectiva del mismo. Este abuso resultaría aún mayor en relación con el artículo 5.2.2, que permite estipular contractualmente que, por ejemplo, la responsabilidad por la carga y descarga de la mercancía recaerá sobre el cargador, la parte controladora o el consignatario (véase la observación sobre el artículo 5.2.2). Los formularios actuales de conocimiento de embarque acostumbran ya a estipular detalladamente la obligación de entrega del porteador con arreglo al contrato. Ahora bien, por razón del régimen internacional en vigor (las Reglas de La Haya, de La Haya-Visby y de Hamburgo), estas cláusulas no acostumbran a surtir efecto en todas las jurisdicciones.

43. En supuestos en los que no se haya estipulado contractualmente el momento y el lugar de la recepción o de la entrega, pudiera ser sumamente incierto y controvertido cuáles serían los usos o las prácticas del comercio aplicables y, con arreglo al artículo 4.1.3 la responsabilidad del porteador se extinguiría a menudo en el punto de descarga del buque. Este resultado sería sumamente insatisfactorio en el contexto del transporte marítimo por contenedores. Es digno de mención que con arreglo al artículo 4.1.3 la responsabilidad se extinguiría igualmente en el momento y el lugar de la entrega efectuada con arreglo al capítulo 10 del proyecto de Instrumento.

44. **Artículo 4.2.1, Transporte que preceda o que sea subsiguiente al transporte por mar**: En su forma actual, el artículo 1.5, leído en conjunción con el artículo 4.2.1, prevé un régimen de la responsabilidad multimodal estructurado conforme a un sistema de interconexión (para pérdidas o daños que hayan sido ubicados). El artículo 4.2.1 no parece añadir nada en el supuesto de que el ámbito de aplicación sustantiva del régimen quede restringido al transporte marítimo. La finalidad declarada de esta disposición es la de acoplar la aplicación del régimen del Instrumento a la de todo otro convenio de transporte existente que sea imperativo. El mecanismo propuesto es el de la introducción de un sistema de interconexión para toda pérdida que haya sido posible ubicar por el que se daría precedencia a ciertas reglas del convenio internacional de carácter imperativo, que sea aplicable al segmento en donde ocurrió el daño o la demora que se haya invocado. Tanto la necesidad invocada para introducir esta disposición y los problemas a que puede dar lugar su aplicación son buena muestra de la dificultad de regular con éxito el transporte (multimodal) de puerta a puerta y la necesidad de preparar esa reglamentación con sumo cuidado. Se propone, como solución, dar precedencia a ciertas reglas del régimen imperativo internacional aplicable, siempre que la pérdida o el daño puedan ser ubicados. Este enfoque puede, no obstante, dar lugar a notable incertidumbre. La determinación del régimen internacional imperativo de la responsabilidad aplicable dependerá i) de la determinación de la etapa en que ocurrió la pérdida, el daño o la demora y ii) de la determinación de si en la jurisdicción pertinente existe algún régimen que sea imperativamente aplicable. Una

vez que el tribunal judicial o arbitral ante el que se presente la demanda haya determinado cuál es el régimen aplicable, solamente algunas de sus disposiciones, interpretadas por el tribunal competente, serían aplicables con precedencia a las del régimen del Instrumento. En todo lo demás serían aplicables las disposiciones del proyecto de Instrumento. A resultas de ello, en supuestos en los que esta disposición sea activada, sería aplicable un entramado oscuro de diversos regímenes que no fueron formulados con miras a complementarse mutuamente. Se deja amplio margen abierto para la confusión y es probable que los tribunales de diversos países adopten criterios radicalmente diversos respecto de cuáles son las disposiciones de uno u otro régimen que sean aplicables a una u otra de las partes. Ello daría lugar a una jurisprudencia difícilmente previsible, razón por la cual debe suprimirse esta disposición.

45. **Artículo 4.3, Contratos combinados de transporte y tránsito**: El artículo 4.3 tiene gran importancia, ya que permite "excluir contractualmente" la aplicación del régimen limitando el ámbito del contrato. En principio no hay nada que objetar a la autonomía contractual de las partes para determinar el alcance de su acuerdo, en supuestos en los que la posición negociadora de las partes sea igualmente fuerte. Ahora bien, en el contexto de contratos concertados con arreglo a condiciones generales habitualmente impuestas por una de las partes, sin margen de negociación para la otra, ello puede dar lugar a prácticas abusivas. Esta disposición permite, en su forma actual, que el "acuerdo explícito" de las partes sea determinante, sin prever ningún mecanismo que ampare al cargador o al consignatario contra toda práctica abusiva. Mucho dependerá de la interpretación judicial de términos como "acuerdo explícito" y "segmento[s] especificado[s] del transporte" por el foro competente para dirimir la controversia. En terminología jurídica, el término "acuerdo explícito" denota una estipulación explícita consignada en el contrato, por lo que sería aplicable todas las condiciones impresas en caracteres pequeños al dorso de un conocimiento de embarque. Aun cuando se adoptara un criterio algo más restrictivo, tal vez baste con una cláusula impresa sobre el documento que diga "queda explícitamente convenido que respecto de todo segmento del transporte no efectuado sobre un buque administrado o controlado por el porteador, el porteador actuará a título únicamente de transitario" puede ser suficiente para que dicha estipulación quede englobada en el ámbito de aplicación del artículo 4.3.1.

46. El interés natural de todo porteador puede aconsejarle a limitar su responsabilidad en supuestos en los que encargue a terceros ciertos segmentos del transporte convenido, por lo que es muy de temer que el texto sugerido de esta disposición se preste a prácticas abusivas. Además, aun cuando el cargador concierte libremente un acuerdo de tránsito con un porteador, la disposición del artículo 4.3.2, en su forma actual, no protege debidamente los intereses de los propietarios de la carga.

a) La obligación del porteador que actúe como agente será la de obrar con la debida diligencia al seleccionar a otro porteador, pero no está claro lo que esto significa y no se especifican las condiciones (de diligencia, honradez, buena reputación) que deberá reunir el otro porteador. ¿Cuál será el comportamiento que determine la falta de diligencia en la selección de un porteador? Al no asignarse expresamente la carga de la prueba, el porteador no responderá del incumplimiento

de su obligación, salvo que el cargador o consignatario puedan probar su falta de negligencia.

b) El porteador estaría obligado a concertar un contrato con el otro porteador en los términos “habituales y normales”. ¿Qué añade una condición contractual “normal” a una condición “habitual”? Como mínimo debería ser obligatorio contratar en condiciones que se juzguen “razonables” (ver, por ejemplo, la obligación de un vendedor con arreglo a la cláusula c.i.f. de las INCOTERMS), lo que permitiría tener en cuenta el tipo de mercancías transportadas y las necesidades especiales a las que su transporte pueda dar lugar. Ahora bien, no parece haber razón alguna por la que no se pueda obligar a un porteador a contratar con arreglo a las condiciones de algún reglamento internacional imperativo, es decir, en el supuesto del transporte marítimo con arreglo a las condiciones que disponga el proyecto de Instrumento.

c) Un consignatario que vaya a presentar una demanda habrá de resolver ciertas dificultades como la de identificar al porteador (o la de determinar el tribunal competente), lo que le puede causar notables problemas a la hora de observar el plazo aplicable para la presentación de la demanda ante un tribunal judicial o arbitral (art. 14.1). Debe recordarse que el segundo porteador tal vez sea un naviero o el fletador de un buque por cierto período o para determinado viaje (o incluso, conforme al texto actual del proyecto de Instrumento, un transportista aéreo o terrestre). Con arreglo al artículo 4.3.2, el porteador, que actúe en calidad de agente, no estará obligado a exigir del otro porteador que le entregue determinado documento de transporte (por ejemplo, negociable, transferible) que cumpla ciertas funciones (certificado de recibo), ni a entregar ese documento al cargador o al consignatario. De dañarse las mercancías al ser transbordadas al buque de otro porteador, lo primero que se habrá de hacer para litigar será determinar quién es el responsable, y en virtud de qué contrato y cuál es el régimen aplicable.

d) Debe prestarse atención a las necesidades a que pueda dar lugar el recurso a ciertos documentos de transporte en el comercio internacional, por ejemplo, la obligación de un vendedor con arreglo a una cláusula c.i.f. de proporcionar al comprador “cobertura documentaria continua”. Un documento de transporte por el que el porteador no asuma responsabilidad por la totalidad del viaje podría, por ejemplo, no ser aceptable con arreglo a las RUU 500 que son las Reglas por las que se rigen actualmente la mayor parte de las operaciones por carta de crédito.

E. Obligaciones del porteador

47. **Artículo 5.1**: El artículo 5.1 que enuncia la obligación del porteador de transportar las mercancías y entregarlas al consignatario, no establece ningún requisito especial respecto de la obligación del porteador de efectuar la entrega. Ello es importante, ya que el porteador podrá (de hecho unilateralmente) determinar cuál es su obligación de entrega. Convendría que esta disposición sea examinada conjuntamente con la del artículo 4.1.3 y con lo dispuesto en el capítulo 10.

48. **Artículo 5.2.1**: Como se observó anteriormente respecto de los artículos 4.1 y 4.3, las disposiciones del proyecto del Instrumento permiten, en su forma actual, que el porteador minimice de hecho notablemente el período de su responsabilidad.

Esto se habrá de tener en cuenta al examinar esta disposición. Dentro del mencionado período de responsabilidad, el porteador asumirá, a tenor del artículo 5.2.1 obligaciones similares a las del artículo III, regla 2 de las Reglas de La Haya-Visby. Aun cuando está previsto que el proyecto de Instrumento sea aplicable al transporte de puerto a puerto (conforme a su texto actual incluso al transporte de puerta a puerta), y aun cuando la responsabilidad del porteador debería ser normalmente aplicable al período comprendido entre la recepción y la entrega de las mercancías, la presente disposición no habla de "entrega debida".

49. **Artículo 5.2.2**: Esta disposición es esencial, ya que permite que el porteador se valga de la autonomía contractual para eludir algunas de sus obligaciones con arreglo al proyecto de Instrumento. Esta disposición suscita igual inquietud que la del artículo 4.3, que permite que el porteador eluda contractualmente su responsabilidad respecto de determinados segmentos del transporte. En la actualidad, en los contratos de fletamento (aun cuando mucho menos en los conocimientos de embarque), se atribuye a veces la responsabilidad de la carga y descarga de las mercancías al fletador que expida esas mercancías (cláusulas FIOS o similares). Al considerar cláusulas de esta índole, particularmente si están incorporadas a un contrato de conocimiento de embarque, se ha de hacer una distinción entre la asignación contractual de la responsabilidad de pago del cumplimiento de ciertos deberes y la responsabilidad de cumplimiento del deber considerado. Las cláusulas FIOS no figuran habitualmente en los conocimientos de embarque, y aun cuando las condiciones del contrato de fletamento sean incorporadas al conocimiento de embarque, sigue siendo dudoso que con arreglo a la normativa internacional actual (Reglas de La Haya-Visby) un tercero que sea tenedor de un conocimiento de embarque (consignatario) quede obligado por una cláusula así incorporada a su conocimiento. En derecho inglés no existe, por ejemplo, ninguna fuente autorizada a este respecto y cabría aducir que esa cláusula reduciría la responsabilidad del porteador con arreglo al régimen de las Reglas, por lo que sería nula y sin efecto con arreglo al artículo III, regla 8 de las Reglas de La Haya-Visby (ver por ejemplo la decisión sudafricana *The MV Sea Joy* 1998 1) S.A. 487).

50. A diferencia del artículo 4.3, esta disposición, en su forma actual, no requiere siquiera un "acuerdo explícito" (si es que esto significa algo, véase la observación que se hizo anteriormente al artículo 4.3), pero facultaría claramente al porteador para incluir una condición general al respecto en el texto que va en letra un documento de transporte, que sería vinculante para todo cargador, consignatario o parte controladora que firmara ese documento. Como ya indicaron algunos comentaristas durante las consultas en el seno del CMI, en la práctica, las disposiciones de los artículos 4.3 y 5.2.2 del proyecto de instrumento facultan efectivamente al porteador para eludir toda responsabilidad que trascienda del viaje oceánico propiamente dicho, es decir anterior a la entrega o posterior a la descarga. Un documento de transporte puede, por ejemplo, llevar consignado que el porteador actúa únicamente en calidad de agente del cargador y del consignatario en lo que respecta a i) el transporte desde algún punto en el interior del territorio hasta la terminal oceánica y el transporte desde la terminal oceánica hasta el punto de destino, ii) concertando servicios de estibadores para la carga y descarga, iii) concertando servicios en la terminal para la carga y para después de la descarga. Más aún, en este supuesto, incluso un porteador que llevara a cabo por sí mismo estas funciones quedaría exento de responsabilidad a tenor de lo dispuesto en el

artículo 6.1.3 ix), salvo que el propietario de la carga que presentara la demanda fuera capaz de probar que hubo negligencia por parte del porteador (nótese la inversión de la carga de la prueba). El criterio de "*laisser faire*", que inspira todo el proyecto de Instrumento ni redundará en provecho de la uniformidad internacional, ni parece tener en cuenta los intereses legítimos de los cargadores y consignatarios, particularmente de los que residen en países en desarrollo (ver asimismo el comentario al art. 6.3.2 a)).

51. **Artículo 5.3**: Esta disposición da a entender que el porteador podrá negarse a transportar y, caso de ser necesario, destruir la carta. Esta disposición debe leerse juntamente con el artículo 6.1.3 x), que exonera al porteador de responsabilidad salvo que el demandante pruebe que hubo negligencia en el transporte de la carga por parte del porteador o de una parte ejecutante. Obsérvese que el texto del artículo 5.3 no hace referencia alguna a los derechos de la parte ejecutante, pero que el artículo 6.3.1 a) extiende, en términos generales, los derechos del porteador a las parte ejecutantes durante el período en el que las mercancías estén bajo su custodia. Véase también los artículos 7.1 y 7.6 que se ocupan de la responsabilidad del cargador por las pérdidas, daños o lesiones que puedan causar las mercancías.

52. En las Reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo, un derecho equivalente (aun cuando no idéntico) del porteador está restringido a todo supuesto en el que a) se hayan expedido mercancías peligrosas sin el conocimiento o el consentimiento del porteador o b) mercancías peligrosas enviadas con el conocimiento del porteador lleguen a constituir un peligro real. El texto de la disposición examinada no distingue entre supuestos en los que el porteador tenga o no tenga conocimiento de la índole peligrosa de la carga. La noción de carga peligrosa, que está definida en las Reglas de La Haya-Visby (artículo IV, regla 6), y en términos más difusos en las Reglas de Hamburgo (artículo 13), se extiende en el presente caso a todo tipo de carga y no únicamente a mercancías de índole inherentemente peligrosa. Con arreglo al proyecto de disposición, se le otorga al porteador un amplio margen para determinar si las mercancías "son un peligro, o cabe considerar razonablemente que ... pueden convertirse en un peligro" y puede decidir sobre el curso de acción apropiado para responder a ese peligro. En su forma actual, la disposición no parece ofrecer ninguna salvaguardia contra las pretensiones o los comportamientos injustificados del porteador, particularmente en supuestos en los que un porteador se haya comprometido a transportar una carga peligrosa por un precio conveniente y descubra más adelante que su buque no ofrece las condiciones requeridas para transportar esa carga con seguridad. No está clara la relación que los artículos 5.3 y 5.4 y, en su forma actual, el artículo 5.3 ("No obstante lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4 ...") facultan al parecer al porteador a negarse a cargar o descargar mercancías que parezca razonable que pueden "convertirse en un peligro" sin indemnización, aun en el supuesto de que el buque transportador no reuniera las condiciones debidas de navegabilidad.

53. **Artículo 5.4**: Esta disposición es similar a la del artículo III, regla 1, de las Reglas de La Haya y La Haya-Visby. En ellas se impone una obligación al porteador de obrar con la debida diligencia en orden a proporcionar un buque que reúna las condiciones debidas de navegabilidad. El texto entre corchetes prolongaría esa obligación más allá del comienzo del viaje y la haría continua. Ahora bien, a diferencia de otros regímenes de responsabilidad vigentes, el texto en su forma actual no impone expresamente al porteador la carga de probar que ha obrado con la

debida diligencia (cf. artículo IV, regla 1 de las Reglas de La Haya y La Haya-Visby, artículo 5 1) de las Reglas de Hamburgo). A tenor del artículo 6.1.1, el porteador habrá de asumir, por lo general, la carga de probar que no hubo negligencia en todo supuesto en el que haya habido pérdida o daños de las mercancías o demora en su entrega imputable al período de su responsabilidad (conforme a lo definido en el artículo 4). Ahora bien, esta regla general está supeditada a la del artículo 6.1.3 en donde se enumeran una serie de sucesos de los que se presume que el porteador no es culpable y respecto de los que se impone la carga de refutar esta presunción al propietario de la carga que presente una demanda. Véase también el artículo 6.1.2, que enumera dos exenciones de responsabilidad aparentemente absolutas. No está claro cómo habrá de asignarse la carga de la prueba en supuestos en los que la falta de navegabilidad y alguno de los sucesos enunciados en el artículo 6.1.2 y 3 hayan contribuido a la pérdida (véase asimismo la observación al artículo 6.1.3). Dadas las divergencias entre la redacción del proyecto de Instrumento respecto de las Reglas de La Haya-Visby, la jurisprudencia actual sobre la obligación de navegabilidad del buque y su relación compleja con la lista de excepciones (artículo IV, regla 2 de las Reglas de La Haya-Visby) será únicamente pertinente en cierta medida.

54. **Artículo 5.5**: El artículo 5.5 otorga al porteador un nuevo derecho extremadamente amplio para "sacrificar" mercancías, que no figura en las Reglas de La Haya, de La Haya-Visby o de Hamburgo, pero que al parecer está basado en conceptos recogidos en las Reglas de York y de Amberes, un juego de reglas sobre la distribución de la responsabilidad en supuestos de avería gruesa, que son únicamente aplicables por vía de remisión contractual. El artículo 6.1.3 x) contiene una presunción similar por la que se excluye la responsabilidad del porteador por pérdida, daño o demora. Con arreglo al texto actual, ni ese derecho en sí ni la aplicación de la presunción de ausencia de culpa están sujetas a la condición de que el porteador haya obrado con la debida diligencia a la hora de aportar un buque navegable. No está clara la razón para incluir esta disposición que beneficia únicamente al porteador.

F. Responsabilidad del porteador

55. **Artículo 6.1.1 (Base de la responsabilidad)**: La disposición del artículo 6.1.1 se asemeja a la del artículo 5.1. de las Reglas de Hamburgo. Sin embargo, hay que señalar que la definición del período de responsabilidad difiere significativamente (véase el comentario sobre el artículo 4.1). Además, el texto de la disposición es distinto del texto del artículo 5.1 de las Reglas de Hamburgo, que dice "... a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias". Como puede verse, la diferencia de redacción afecta de forma sustantiva al grado de diligencia requerido y, en consecuencia, a la carga de la prueba que habrá de soportar el porteador. Por ejemplo, la disposición correspondiente del artículo 17.2 del Convenio CMR dice que el transportista queda exonerado de responsabilidad si la pérdida, avería o retraso ha sido ocasionado "por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir". Ello se ha interpretado como un grado de diligencia máximo, superior al exigido en virtud de las Reglas de La Haya o de las Reglas de La Haya-Visby. Hay que señalar que este grado de diligencia "máximo", considerablemente alto, se aplica, en virtud del

artículo 7.6 del proyecto de instrumento, a la responsabilidad del cargador hacia el porteador por infracción de cualquiera de las obligaciones que le impone el artículo 7.1.

56. La regla general de responsabilidad del artículo 6.1.1 debe examinarse conjuntamente con la lista de excepciones del artículo 6.1.2 y de presunciones de inexistencia de culpa del artículo 6.1.3, que no existen en las Reglas de Hamburgo. En conjunto, las disposiciones del artículo 5 y del artículo 6 del proyecto de Instrumento constituyen una compleja amalgama de las disposiciones correspondientes de las Reglas de La Haya-Visby y de las Reglas de Hamburgo, con algunos elementos nuevos importantes. Como consecuencia, se pierden las ventajas de la seguridad jurídica creada por una jurisprudencia y análisis de larga data de las Reglas de La Haya-Visby y (en menor medida) de las Reglas de Hamburgo. Esto debe tenerse en cuenta al considerar las ventajas de incluir algunas disposiciones propuestas en el proyecto de Instrumento. Puede estimarse aconsejable suprimir las disposiciones de los artículos 6.1.2 y 6.1.3, y mantener únicamente una regla general en el artículo 6.1.1, inspirada en el artículo 5.1 de las Reglas de Hamburgo.

57. **Artículo 6.1.2**: El texto (entre corchetes) del artículo 6.1.2 supone dos excepciones muy controvertidas a la responsabilidad del porteador. En particular, la excepción del párrafo a), que en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby se conoce actualmente como excepción de error náutico, es insostenible, ya que exonera al porteador de responsabilidad en casos de clara negligencia por parte de sus empleados. Este enfoque no tiene paralelo en ninguna convención de transporte existente, y no hay justificación para que figure en ningún nuevo régimen internacional. En la nota explicativa del proyecto de Instrumento (párr. 70) se expresa la opinión de que la excepción sigue justificándose en los casos de negligencia del piloto. Sin embargo, resulta difícilmente justificable. Desde el punto de vista de la distribución mercantil del riesgo, una de las dos partes en cualquier contrato de transporte (incluidos los de fletamento) tiene que asumir la responsabilidad de los actos del piloto. Evidentemente, el porteador se encuentra en mucho mejor posición que un cargador o consignatario para asumir esa responsabilidad y proteger sus intereses. Tradicional y contractualmente, con arreglo a la mayoría de las pólizas de fletamento normalizadas, el porteador responde al fletador de cualquier acto del piloto. Parece haber también escasa justificación para mantener una excepción separada para el caso de incendio abordo, con inversión de la carga de la prueba. El porteador quedaría exento de responsabilidad por pérdidas debidas a un incendio causado por negligencia, a menos que quien reclame las mercancías pueda demostrar la existencia de culpa o de connivencia entre empresas. La relación entre el artículo 6.1.2 y el artículo 5.4 no resulta suficientemente clara (véase el comentario sobre los artículos 5.4 y 6.1.3).

58. **Artículo 6.1.3**: Como se dice en las notas explicativas (párrafo 74), la lista contenida en el artículo 6.1.3 “representa una versión muy modificada (pero ampliada desde varios puntos de vista) de la mayor parte de los peligros restantes exceptuados de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby”. Una cuestión que se plantea para su examen inicial es saber si, teniendo en cuenta la regla general establecida en el artículo 6.1.1, resulta aconsejable mantener esa lista. Hay que señalar que el texto de la disposición difiere considerablemente del texto del artículo IV, regla 2 de las Reglas de La Haya-Visby. Éste contiene una lista de

exenciones de responsabilidad, sin ninguna indicación expresa de la carga de la prueba pertinente en relación con los hechos que se enumeran en el artículo IV regla 2, c) a p). Como consecuencia, se han expresado distintos puntos de vista sobre si un porteador seguiría estando exento de responsabilidad en el caso de que no pudiera refutar que su negligencia hubiera dado origen a una causa de exención. La disposición del artículo 6.1.3 deja en claro que, en virtud del proyecto de Instrumento, una vez que el porteador haya aducido una excepción, la carga de probar cualquier negligencia del porteador recaerá sobre quien reclame las mercancías. La relación de esta disposición con la obligación del porteador con respecto a la navegabilidad del buque (artículo 5.4) no resulta suficientemente clara, especialmente dado que el artículo 6.1.3 se ha redactado expresamente como excepción a la presunción general de culpa del artículo 6.1.1. En su redacción actual, la disposición dice: "A pesar de ... el artículo 6.1.1, ... se presumirá, a falta de que se pruebe lo contrario, que ni su culpa [la del porteador] ni la de una parte ejecutante ha originado ni ha contribuido a originar esa pérdida, ese daño o ese retraso". Cabe argüir que quien reclame las mercancías, para refutar esa presunción, no sólo tendría que demostrar la falta de navegabilidad del buque como causa contribuyente, sino también la ausencia de la debida diligencia (es decir la existencia de negligencia) por parte del porteador/parte ejecutante. Ello estaría en desacuerdo con el artículo IV, regla 1 de las Reglas de La Haya-Visby, que impone expresamente al porteador la carga de probar que ha empleado la diligencia debida. Además, la norma general del artículo 6.1.1 se vería privada en gran parte del efecto que pretende y su texto tendría que considerarse equívoco.

59. **Artículo 6.1.3 ii)**: La disposición del artículo 6.1.3 ii) es menos específica que la del artículo IV, regla 2, g) y h) de las Reglas de La Haya-Visby. El significado del texto entre corchetes no resulta suficientemente claro.

60. **Artículo 6.1.3 iii)**: La disposición correspondiente de las Reglas de La Haya-Visby, que es el artículo IV, regla 2, i) se refiere a "acto u omisión del cargador o propietario de las mercancías ...". El proyecto de Instrumento no contiene ninguna cláusula general que corresponda a la del artículo IV, regla 3, en virtud de la cual la responsabilidad del cargador dependerá normalmente de la culpa (aunque existan reglas especiales en el artículo III, regla 5 y el artículo IV, regla 6).

61. **Artículo 6.1.3 ix)**: Esta importante excepción/presunción nueva debe examinarse en relación con el artículo 5.2.2 (véase el comentario en esa disposición). De conformidad con el artículo 6.1.3 ix), el porteador que, como "agente" del cargador, realice cualquiera de las funciones del porteador contractualmente impuestas al cargador (posiblemente en virtud de una cláusula uniforme) quedará exonerado de responsabilidad, a menos que el cargador pueda probar la negligencia. Ello será en muchos casos imposible, ya que el cargador no tiene pleno acceso a los hechos.

62. **Artículo 6.1.3 x)**: Véase el comentario a los artículos 5.3 y 5.5. La segunda línea del texto inglés parece contener un error tipográfico ("have been become"). No resulta claro si la presunción se aplicará sólo cuando las mercancías se hayan convertido efectivamente en un peligro (véase el artículo 5.3., que permite adoptar también determinadas medidas cuando "cabe considerar razonablemente" que las mercancías "pueden convertirse" en un peligro). Si así fuera, el derecho del porteador a quedar exonerado de responsabilidad sería similar al existente de conformidad con las Reglas de La Haya-Visby.

63. **Artículo 6.1.4**: Es lógico incluir una disposición clara sobre la distribución de la responsabilidad en los casos en que la pérdida se deba a una combinación de causas. Sin embargo, ninguna de las disposiciones alternativas propuestas en el artículo 6.1.4 parece adecuada. Se dice que la primera tiene por objeto conseguir el mismo efecto que con el artículo 5.7 de las Reglas de Hamburgo (véanse las notas explicativas en el párrafo 89), pero su redacción es deficiente. Se usa de forma inconsecuente el término "responsable" ("si la pérdida ... se deben en parte a un incidente del cual el transportista no es responsable y en parte a un incidente del cual el transportista es responsable, el transportista será responsable ..."), y no resulta claro lo que habrá que demostrar exactamente para que la disposición se aplique. La terminología "un incidente del cual el transportista (no) es responsable" no se compagina con el hecho de que en el artículo 6.1.3 se describan determinados incidentes como presunciones de ausencia de negligencia. Por ejemplo, cuando se pierda un cargamento por una explosión, el porteador aducirá la presunción de ausencia de culpa del artículo 6.1.3 iii) o vi) y quien reclame las mercancías tendrá que probar la culpa del porteador, es decir, que la causa subyacente de la pérdida fue la falta de navegabilidad del buque y que, presumiblemente, ello se debió a negligencia del porteador (véase el artículo 5.4). Si así fuera, el artículo 6.1.4 carecería de toda utilidad y el resultado *de facto* sería contrario a la intención declarada de la disposición. Otro ejemplo sería el caso de que un porteador se deshiciera de un cargamento que se hubiera vuelto peligroso (artículo 5.3) e invocara el artículo 6.1.3 x). No se sabe lo que tendría que probar exactamente quien reclamara las mercancías y pensara que el buque era inapropiado para transportarlas (es decir, que carecía de navegabilidad), dado que el derecho del artículo 5.3 se aplica "A pesar de lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4", es decir, aparentemente con independencia del cumplimiento por el porteador de la obligación de navegabilidad. Si la intención de la disposición es considerar al porteador responsable a menos que pueda probar en qué medida su negligencia no contribuyó a una infracción, habrá que volver a examinar detenidamente todas las disposiciones de los artículos 5 y 6.

64. La segunda alternativa propuesta en el proyecto de texto para el artículo 6.1.4 preocupa especialmente. Esta disposición parece haberse inspirado en el proyecto de ley del Senado de los Estados Unidos de 1999 para una nueva Ley de Transporte Marítimo de Mercancías de los Estados Unidos y no tiene paralelo en ningún régimen internacional o nacional vigente para el transporte de mercancías por mar. Si se aprobara, esa disposición cambiaría fundamentalmente la distribución de riesgos establecida entre los intereses del porteador y los de los propietarios de la carga. En todos los sistemas vigente, incluidas las Reglas de La Haya, de La Haya-Visby y de Hamburgo (así como el la Ley de transporte marítimo de mercancías de los Estados Unidos de 1936), el porteador sólo queda exonerado de responsabilidad si puede demostrar -y en la medida en que lo haga- que una pérdida se debe a uno de los riesgos exceptuados. A falta de pruebas suficientes, responderá de toda la pérdida. Como consecuencia, el porteador responde siempre en los casos de pérdidas no explicadas. La razón de ello y, de hecho, del carácter obligatorio de los sistemas vigentes es la desigualdad intrínseca entre las partes que contratan sobre la base de un conocimiento de embarque. Hay desigualdad relacionada con la capacidad de negociación de las partes, lo que hace que las condiciones del contrato -que normalmente redacta el porteador en su propio beneficio, y no se negocian en cada caso- se presten al abuso. También hay desigualdad en relación con el acceso a

los hechos que rodean a una pérdida y, por consiguiente, con respecto a las pruebas disponibles para formular una reclamación de mercancías. En la práctica, con frecuencia es imposible probar la medida en que las causas identificadas han contribuido a la pérdida. Es en esos casos cuando la distribución de la carga jurídica de la prueba pertinente resulta de importancia esencial: a falta de pruebas suficientes o concluyentes, quien soporte la carga jurídica de la prueba soportará también la pérdida. El resultado de decir que en los casos de prueba insuficiente la distribución se hará al 50% entre los intereses del porteador y los de los propietarios de las mercancías sería trasladar el beneficio de la incertidumbre, del consignatario al porteador. Como las pruebas de las causas de una pérdida, en muchos casos, se limitarán casi exclusivamente a la esfera de influencia del porteador, apartarse de los principios establecidos podría llevar también a un cambio de actitud. Los porteadores podrían sentirse menos dispuestos a investigar las causas de cualquier pérdida o daño ocurrido. Los más cínicos podrían decidir incluso deliberadamente que era más lógico, desde el punto de vista comercial, descuidar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, si su mayor riesgo, a falta de prueba, se limitaba a una responsabilidad del 50% de las pérdidas, con un límite monetario máximo. Ello no parece aconsejable desde el punto de vista normativo, especialmente cuando se trata de Estados dedicados al tráfico de mercancías.

65. **Artículo 6.2.1 (Cálculo de la indemnización)**: Esta disposición se asemeja a una parte del artículo IV, regla 5 de las Reglas de La Haya-Visby. Sin embargo, la redacción es distinta. Se alude al lugar y el momento de la entrega según el contrato del transporte. Ello no concuerda plenamente con la disposición del artículo 4.1.3 (véase también el comentario al respecto).

66. **Artículo 6.2.2**: El enfoque corresponde al del artículo IV, regla 5, b) de las Reglas de La Haya-Visby. Una solución alternativa sería decir que el valor de mercado de las mercancías sólo será pertinente *prima facie* para el cálculo y se podrá probar que la pérdida efectiva ha sido superior.

67. **Artículo 6.2.3**: Las Reglas de La Haya-Visby no dicen claramente que la suma calculada de la forma que expresan será el máximo absoluto recuperable (véase el artículo IV, regla 5, b)). Tal como la disposición ha sido redactada, no parece haber posibilidad de recuperar ninguna pérdida efectiva que exceda del valor de mercado de las mercancías (por ejemplo, el precio de venta, los gastos de transbordo o el costo adicional de la compra sustitutiva).

68. **Artículo 6.3.1 (Responsabilidad de las partes ejecutantes)**: El artículo 6.3 trata de la "responsabilidad de las partes ejecutantes". Este artículo es la disposición principal que define los derechos y obligaciones de todo el que queda comprendido en la definición de parte ejecutante del artículo 1.17. Deja en claro que las partes ejecutantes serán consideradas como porteadores durante el período a que se extiende su responsabilidad. Sin embargo, la disposición resulta problemática en una serie de aspectos, que se especifican a continuación.

69. De conformidad con el **artículo 6.3.1 a)**, el período de responsabilidad pertinente no se define por la recepción ni la entrega de las mercancías, como en el caso del porteador contractual, sino por el ejercicio de la "custodia" de las mercancías. Debería evitarse utilizar una terminología diferente. Quien reclame las mercancías y quiera interponer una acción contra una de las partes ejecutantes tendría que demostrar que la pérdida, daño o retraso se produjeron mientras esa

parte ejecutante custodiaba las mercancías. En su redacción actual, el proyecto de Instrumento se aplicaría también a los contratos de transporte de puerta a puerta (véase el artículo 1.5). Cuando, en ese contexto, las pruebas de la pérdida, daño o retraso indicaran la responsabilidad de un porteador terrestre o aéreo, podría resultar aplicable la disposición sobre el "sistema interconectado" del artículo 4.2.1 (según el número de factores, véase el comentario al artículo 4.2.1). A falta de un alto grado de conocimientos jurídicos, habría evidentemente grandes posibilidades de confusión sobre quién podría resultar responsable en ese sistema. Como queda dicho, el ámbito de aplicación del proyecto de Instrumento debería limitarse al transporte marítimo, y debería suprimirse el artículo 4.2.1.

70. Aunque las partes ejecutantes son contratadas directamente (como subcontratistas) o indirectamente (por ejemplo, como subcontratistas de subcontratistas) por el porteador, pueden no quedar obligadas por ninguno de los acuerdos mencionados en el **artículo 6.3.1 b)**, concertados por el porteador. Como consecuencia, quien reclame las mercancías y sea parte en uno de esos acuerdos con el porteador no podrá invocar el acuerdo frente a ninguna de las partes ejecutantes. Esto causa cierta preocupación, especialmente por que el proyecto de Instrumento no contiene ninguna disposición que obligue a un porteador contratante a subcontratar en determinadas condiciones. Además, teniendo en cuenta la definición compleja y restrictiva de "parte ejecutante", surgen una serie de preguntas, como, por ejemplo, con quién podría convenir "expresamente" una parte ejecutante subcontratista cualquier aumento de la responsabilidad civil o de otra índole, dónde quedaría constancia de ese acuerdo y quién podría exigir su cumplimiento.

71. **Artículo 6.3.2 a)**: Aunque el artículo 6.3 se titula "Responsabilidad de las partes ejecutantes", el artículo 6.3.2 trata de las responsabilidades del porteador. En virtud de esta disposición, el porteador responde por la negligencia de las partes ejecutantes (definidas en el artículo 1.17) y de cualquier otra persona que ejecute o se comprometa a ejecutar una parte del contrato. No resulta claro por qué la responsabilidad del porteador queda "a reserva de lo dispuesto en el artículo 6.3.3", que es una disposición que trata de los derechos de otras partes.

72. El concepto de "cualquier parte ejecutante" del **artículo 6.3.2, a), ii)** tiene que examinarse en el contexto de la definición restrictiva de esa expresión en el artículo 1.17. Un subcontratista que subcontrate a su vez la ejecución de parte del transporte no quedará comprendido en la definición de parte ejecutante, sino que, de conformidad con esta disposición, será considerado como "cualquier otra persona".

73. De forma importante, se ha señalado que, de conformidad con el artículo 1.17, nadie contratado por el cargador o el consignatario reúne las condiciones necesarias para ser considerado "parte ejecutante". Esto resulta especialmente pertinente en relación con los derechos actualmente incluidos en los proyectos de artículo 4.3.1 y 5.2.2, que permiten al porteador contratar con otros determinadas partes de su contrato o algunas de sus obligaciones. En esos casos, el porteador y todos sus subcontratistas, empleados o agentes no quedarían sujetos a las obligaciones de un "porteador" o una "parte ejecutante" con arreglo al proyecto de Instrumento. Así ocurriría, al parecer, cuando el porteador contratante realizara *de facto* o supervisara la realización de determinadas funciones (como la estiba), que se hubieran asignado contractualmente al cargador/consignatario de conformidad con el artículo 5.2.2. Esta situación perjudicaría claramente los intereses de los propietarios de las mercancías.

74. **Artículo 6.3.2 b)**: El artículo 6.3.2 b) determina los actos y omisiones de los que se considerará responsable a una parte ejecutante. Sólo las entidades comprendidas en la definición de parte ejecutante del artículo 1.17 quedan afectadas por esta disposición. Sin embargo, no parece incluir: a) al subcontratista del porteador que subcontrate a su vez la realización de sus obligaciones con otra parte, b) al porteador que realice alguna de las funciones de porteador en calidad de "agente" del cargador/consignatario, de conformidad con el artículo 5.2.2, y c) a una parte que realice funciones en virtud del contrato de transporte, distintas de las mencionadas en el artículo 1.17. La disposición limita la responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ámbito del contrato, empleo o mandato de una persona. No incluirá normalmente la conducta ilegítima.

75. **Artículo 6.3.3**: El artículo 6.3.3 determina quién puede valerse de las excepciones y limitaciones de responsabilidad del porteador. De forma importante, las partes no comprendidas en la definición de parte ejecutante (véase el comentario del artículo 1.17) y que, por ello, no serán responsables de conformidad con el proyecto de Instrumento podrán hacer valer cualquiera de las excepciones y limitaciones de responsabilidad del porteador. Las disposiciones protectoras incluyen en especial el plazo de un año para la reclamación, así como los límites de responsabilidad financiera y las presunciones de ausencia de culpa del artículo 6.1. Además de los empleados o agentes del porteador (como en las Reglas de La Haya-Visby, artículo IV *bis*, regla 2) y de las partes que ejecuten subcontratos, las partes que siguen se beneficiarían, al parecer, de esta disposición: a) el subcontratista del porteador que subcontrate con otra parte el cumplimiento de sus obligaciones; b) el porteador que realice cualquiera de las funciones de porteador como "agente" del cargador/consignatario, de conformidad con el artículo 5.2.2; y c) la parte que realice otras funciones en virtud del contrato de transporte que no sean de las mencionadas en el artículo 1.17. No resulta claro por qué, con arreglo al Instrumento de Transporte, esas partes se beneficiarían sin tener responsabilidad alguna.

76. **Artículo 6.3.4**: Incluir una disposición sobre la responsabilidad mancomunada y solidaria resulta lógico.

77. **Artículo 6.4.1**: **(Retraso)**: La disposición del artículo 6.4.1, incluido el texto entre corchetes, parece lógica, ya que la entrega dentro del plazo es, evidentemente, una cuestión de importancia comercial y la introducción de normas de responsabilidad uniformes al respecto resulta conveniente, lo mismo que en los casos de pérdida o daño.

78. Hay que señalar que el artículo 4.1.3, la disposición que define el momento y el lugar de entrega de las mercancías, se refiere al "momento … convenidos en el contrato". El momento de la entrega es uno de los parámetros pertinentes que definen el período de responsabilidad del porteador con arreglo al proyecto de Instrumento (véase también el capítulo 10). El artículo 6.4.1 trata de la obligación del porteador de hacer la entrega dentro del plazo en los casos en que se haya convenido expresamente" un "plazo de tiempo" para la entrega. Como el artículo 4.1.3 y el artículo 6.4.1 tratan de cuestiones diferentes, parecería aconsejable revisar la redacción de esas dos disposiciones, a fin de evitar cualquier confusión sobre el momento de/para la entrega.

79. **Artículo 6.4.2**: El texto, un tanto complicado, del artículo 6.4.2 establece una suma límite distinta para las pérdidas causadas por una entrega retrasada "que no se derivan de las pérdidas o los daños de las mercancías transportadas y por tanto no están abarcadas por el artículo 6.2". No resulta totalmente claro cuál sería el efecto de esa disposición en el caso de que, por ejemplo, se hubieran estropeado (es decir, dañado) bienes perecederos a consecuencia de la entrega retrasada. El texto parece implicar que, en esos casos, el costo de, por ejemplo, un subcontrato perdido o de unas mercancías alternativas quedaría comprendido en el artículo 6.2 (como una de las pérdidas "que no se derivan de las pérdidas o los daños de las mercancías"). Sin embargo, la redacción del artículo 6.2.3 sugiere otra cosa, concretamente que el máximo recuperable de conformidad con el artículo 6.2 sería el valor de las propias mercancías (véase el comentario al artículo 6.2.3). La cuestión tiene cierta importancia, dado que se propone calcular el límite para las pérdidas comprendidas en el artículo 6.4.2 en relación con el flete. Si ello resulta conveniente es materia opinable.

80. **Artículo 6.5, Desviación**: El artículo 6.5 contiene una exención de responsabilidad separada (similar a la del artículo IV, regla 4 de las Reglas de La Haya-Visby), que viene a añadirse a la lista de presunciones del artículo 6.1.3. Quedaría a la interpretación del proyecto de Instrumento determinar si un porteador estaría exento de responsabilidad en los casos en que la desviación resultara necesaria por negligencia del propio porteador.

81. **Artículo 6.6, Carga en cubierta**: Se trata de una disposición sumamente compleja que puede producir confusión considerable. Aunque la disposición es similar en algunos aspectos al artículo 9 de las Reglas de Hamburgo, difiere significativamente tanto en su redacción como en su contenido. Parece importante yuxtaponer este proyecto de disposición con la situación en virtud de las Reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo.

82. Las Reglas de La Haya-Visby no se aplican al cargamento que "según el contrato de transporte, se declara colocado sobre cubierta y es en cierto modo transportado así" (artículo 1 c)). Hay que señalar que, a falta de una declaración expresa en el conocimiento de embarque, en el sentido de que las mercancías se transportarán efectivamente en cubierta, se aplicarán las Reglas de La Haya-Visby, que determinan la responsabilidad del porteador. De conformidad con las Reglas de Hamburgo (artículo 9) se permite el transporte sobre cubierta si las disposiciones legales lo exigen o si ello está en conformidad con un acuerdo contractual o con los usos del comercio, a los que debe hacerse referencia en el documento de transporte. La ausencia de una declaración en ese sentido es una prueba *prima facie* de la ausencia de un acuerdo relativo al transporte en cubierta con el cargador, y una prueba concluyente frente a terceros que hayan adquirido de buena fe el documento de transporte. Cuando se permite el transporte sobre cubierta, el porteador responde de conformidad con las Reglas de Hamburgo (es decir, por culpa, con sujeción a un límite financiero). Cuando no se permite el transporte sobre cubierta, el porteador tiene una responsabilidad objetiva (es decir, incluso en ausencia de culpa) con respecto a cualquier pérdida derivada únicamente de ese transporte sobre cubierta. Si las mercancías se transportan sobre cubierta en contra de un acuerdo contractual expreso, el porteador pierde su derecho a la limitación de responsabilidad.

83. De conformidad con el artículo 6.6.4 del proyecto de Instrumento, la carga en cubierta se permite en cierto número de casos y tiene diferentes consecuencias,

según que se transporte en cubierta de conformidad con los "epígrafes" que siguen, o infringiéndolos:

a) El transporte en cubierta es admisible cuando la legislación lo exige y el transportista no es responsable de la pérdida, el daño o el retraso causado por los riesgos especiales del transporte en cubierta. Parecería que entre esos "riesgos especiales" se encuentran los daños causados por el agua de mar o la pérdida de algún contenedor transportado en cubierta. Las Reglas de Hamburgo no establecen una exención similar de responsabilidad.

b) Se permite el transporte en cubierta si las mercancías se transportan en contenedores o sobre contenedores en cubiertas especialmente adaptadas y el porteador es responsable de conformidad con las disposiciones del proyecto de instrumento. Hay que señalar que no es obligación del porteador indicar en los datos del contrato que las mercancías se transportarán en cubierta. Además, el transporte en cubierta del cargamento en contenedores parece permitido, aunque exista un acuerdo contractual expreso de que las mercancías se transportarán bajo cubierta. Ese acuerdo puede concertarse en los casos en que la naturaleza del cargamento requiere la protección contra los elementos, como cuando se trata de equipo electrónico sensible. Cabe defender que el porteador podría transportar el cargamento en contenedores en cubierta a pesar de un acuerdo contractual expreso en otro sentido, pero perdería el derecho al límite de su responsabilidad, de conformidad con el proyecto de instrumento, con respecto a la pérdida o el daño a las mercancías que se debiera exclusivamente a su transporte en cubierta (artículo 6.6.4). No parece haber una razón legítima para permitir el transporte en cubierta en los casos en que haya un acuerdo en contrario. Quien reclame las mercancías soportaría los riesgos adicionales de ese transporte en cubierta y sólo tendría derecho a una indemnización superior a los límites si pudiera probar que la pérdida o el daño se debían "exclusivamente" al transporte de las mercancías en cubierta. Sin embargo, esa indemnización se calcularía de conformidad con el artículo 6.2, lo que podría significar, o no, una indemnización plena de la pérdida sufrida (véase el comentario al artículo 6.2).

c) El transporte en cubierta se permite cuando se ha convenido contractualmente o está en consonancia con las costumbres, los usos y las prácticas de comercio, o cuando "corresponde a otros usos o prácticas del comercio de que se trate". El significado y la finalidad de esta última categoría (entre comillas) no es claro en absoluto. En los casos en que el transporte en cubierta esté de acuerdo con c), los datos contractuales deberán indicar que las mercancías se transportarán en cubierta, ya que, de otro modo, el porteador soportará la carga de probar el cumplimiento de lo dispuesto en c) y, si ha transferido a un tercero de buena fe un documento de transporte/documento electrónico negociable, ese tercero no podrá invocar esta disposición. Sin embargo, habida cuenta de la libertad general para transportar mercancías en contenedores sobre cubierta (véase b)), el porteador no tendría que recurrir normalmente a lo dispuesto en c) para esa clase de transporte. Cuando el apartado c) sea pertinente, es decir, cuando se transporten en cubierta mercancías no contenidas en contenedores, de conformidad con un acuerdo contractual o con las costumbres/usos/prácticas o como corresponde a "otros usos o prácticas del comercio de que se trate", el porteador no será responsable de la pérdida, el daño o el retraso causado por los riesgos especiales involucrados en su transporte en cubierta (véase también el comentario sobre el párrafo a) *supra*).

d) En los casos no comprendidos en los apartados a), b) y c), el porteador tendrá una responsabilidad objetiva por la pérdida, el daño o el retraso que sean exclusivamente consecuencia del transporte de las mercancías en cubierta (véase el artículo 6.6.2). Una vez más, quien reclame las mercancías soportará la carga de probar que la pérdida se debió exclusivamente al transporte de las mercancías en cubierta. Como puede verse, la disposición del artículo 6.6 es sumamente difícil de comprender y aplicar, y difiere de la reglamentación existente. Debería volver a redactarse por completo, quizá utilizando como modelo el texto del artículo 9 de las Reglas de Hamburgo.

84. **Artículo 6.7, Límites de responsabilidad**: Los límites del artículo 6.7.1 deberían ser claramente superiores a los establecidos en las Reglas de La Haya-Visby, ya que éstos se consideraron ya anticuados en 1978, cuando se aprobaron las Reglas de Hamburgo. Los límites de las Reglas de Hamburgo, que representan un aumento de alrededor del 25% con respecto a los de las Reglas de La Haya-Visby, se aprobaron como parte de una transacción y, en consecuencia, pueden seguirse considerando un tanto modestos. Se podría considerar los límites utilizados en otras convenciones de transporte modernas, que son más altos. Siempre sería posible que el porteador accediera a un aumento de su responsabilidad, pero, dado que el texto adopta en lo demás la redacción correspondiente de las Reglas de La Haya-Visby (artículo IV, regla 5 a)), no resulta claro por qué el texto entre corchetes difiere del texto correspondiente de las Reglas de La Haya-Visby (artículo IV, regla 5 g)). Curiosamente, el derecho al límite del artículo 6.7.1 se aplica a la responsabilidad del porteador "por la pérdida o el daño o en relación con la pérdida o el daño a las mercancías ...", mientras que la disposición sobre el cálculo de la indemnización del artículo 6.2 está redactada de una forma más restrictiva (de la pérdida o del daño a las mercancías").

85. **Artículo 6.8, Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad**: De conformidad con el artículo 6.8, el derecho a limitar la responsabilidad se pierde en algunas circunstancias, expresadas de forma más restrictiva que en el artículo IV, regla 5 e) de las Reglas de La Haya-Visby y en el artículo 8 de las Reglas de Hamburgo. Esas circunstancias se describen como acto u omisión personal ... con la intención de causar dicha pérdida ... o imprudentemente y a sabiendas de que probablemente sobrevendría la perdida ...". En la práctica, "superar el límite" sería prácticamente imposible, ya que cada parte (porteador, parte ejecutante, "cualquier otra persona") a) sólo sería responsable por los actos personales de imprudencia temeraria/intención, es decir por actos realizados a nivel de gestión de empresa y b) sólo si la pérdida o el daño ocurridos fueran deliberados o previsibles. Además, las circunstancias pertinentes enunciadas en el artículo 6.8 tendrían que ser demostradas por quien reclamara las mercancías.

86. No existe una disposición equivalente al artículo 19, 7) de las Reglas de Hamburgo, que requiere que el porteador dé aviso de la pérdida o daño si desea presentar una reclamación contra el cargador. Esa disposición debiera incluirse.

87. **Artículo 6.9, Ratificación en caso de pérdida, daño o retraso**: El plazo de aviso del artículo 6.9.1 corresponde al de las Reglas de La Haya-Visby, pero es más corto que el de las Reglas de Hamburgo (artículo 19) y el de otras convenciones de transporte, incluido el recientemente aprobado en Budapest Convenio relativo al contrato de transporte de mercaderías por vías de navegación interior, de 2000 (artículo 23). En particular, la referencia a "antes ... del momento de la entrega"

parece problemática. La redacción de la última oración del artículo 6.9.1 puede dar lugar a confusión, ya que no resulta claro si podrá prescindirse de la notificación cuando el consignatario y una parte ejecutante hayan realizado una inspección conjunta, pero la reclamación se formule contra el porteador contratante. El plazo de aviso del artículo 6.9.2 es más breve que el del artículo 19 5) de las Reglas de Hamburgo (60 días consecutivos contados desde la fecha en que las mercancías hayan sido puestas en poder del consignatario).

88. **Artículo 6.10, Reclamaciones extracontractuales**: Esta disposición no menciona a "cualquier otra persona" que, de conformidad con el artículo 6.3.3 pueda valerse de las mismas excepciones que un porteador o parte ejecutante. El artículo 6.10 no se refiere a estas personas ya que, de conformidad con el Instrumento, no tienen ninguna responsabilidad (véase el artículo 6.3 y la restrictiva definición de "parte ejecutante" del artículo 1.17).

G. Obligaciones del expedidor

89. La minuciosidad de las obligaciones que impone al expedidor el capítulo 7 del proyecto de instrumento no tiene paralelo en las Convenciones vigentes de responsabilidad marítima. Se podría considerar la posibilidad de adoptar en cambio las disposiciones pertinentes de las Reglas de Hamburgo (véanse los artículos 12, 13 y 17 de las Reglas de Hamburgo).

90. **Artículo 7.1**: El artículo 7.1 requiere que el cargador entregue las mercancías preparadas para el transporte de conformidad con "las disposiciones del contrato de transporte". La referencia al "contrato de transporte" deja abierta la posibilidad de que un porteador incluya en el contrato disposiciones de entrega onerosas. En la redacción actual, la obligación relativa al estado y el embalaje de las mercancías es mucho más detallada que la obligación de diligencia del porteador del artículo 5.2.1. La minuciosidad de la obligación puede dar origen a cierta confusión y también a problemas de prueba.

91. **Artículo 7.2**: Esta disposición impone una obligación al porteador, pero se encuentra contenida en el artículo titulado "Obligaciones del expedidor".

92. **Artículo 7.3**: La obligación establecida en el artículo 7.3 a) y b) parecería especialmente pertinente en relación con el transporte de mercancías peligrosas. En el artículo 7.3 c) no resulta claro por qué no se mencionan los datos a que se refiere el artículo 8.2.1 a) (es decir la descripción de las mercancías). El artículo 7.3 debe examinarse juntamente con el artículo 7.5, que prevé la responsabilidad objetiva del expedidor.

93. **Artículo 7.5**: La disposición establece una responsabilidad objetiva, independiente de la culpa. Ello puede resultar inadecuado, por ejemplo, si un cargador no facilita los datos pertinentes con arreglo al artículo 8.2.1 b) y c) para su inclusión en el documento de transporte antes de la recepción de las mercancías por el porteador (como requiere el artículo 8.2.1). En ese caso, existiría una responsabilidad objetiva del expedidor por haber incumplido la obligación que le impone el artículo 7.4 de proporcionar la información "oportunamente". No resulta totalmente claro cuál será el efecto de esa disposición con respecto a la responsabilidad de un consignatario o de una parte controladora. ¿Respondería el

cargador ante el consignatario por haber facilitado datos inexactos al porteador (por ejemplo, si los datos hubieran sido complementados luego por el porteador, privando así al consignatario de elementos de prueba en una reclamación)? ¿Respondería un porteador ante un consignatario por no haber facilitado el cargador datos exactos? La redacción de esa disposición permite cierta amplitud de interpretación.

94. **Artículo 7.6**: En las Reglas de La Haya-Visby, el porteador tiene derecho a reclamar al cargador una indemnización por pérdidas derivadas de: a) el transporte de mercancías peligrosas sin conocimiento o consentimiento del porteador (artículo IV regla 6), y b) haber facilitado el capitán datos inexactos (artículo III regla 5). Comúnmente se entiende que la responsabilidad del cargador en ambos casos es objetiva (es decir, no depende de la existencia de culpa), aunque no se diga expresamente en las Reglas de La Haya-Visby y haya una norma general en el sentido de que el cargador sólo responderá normalmente en caso de culpa (artículo IV, regla 3). Puede haber opiniones diferentes sobre esta cuestión en diferentes jurisdicciones. De conformidad con el proyecto de artículo 7.6, el cargador respondería en circunstancias similares a las del párrafo a) *supra*, pero también cuando las mercancías peligrosas hubieran sido transportadas con conocimiento y consentimiento del porteador.

95. No resulta totalmente claro en qué podría consistir un incumplimiento de las obligaciones del cargador con arreglo al artículo 7.1 que motivara la aplicación del artículo 7.6, a no ser una "pérdida, daño o lesión causada por las mercancías". Normalmente, el porteador no responderá ante el consignatario de los daños a las mercancías que se deban a vicio propio, merma, embalaje defectuoso u otros actos u omisiones del cargador/consignatario (véanse los artículos 6.1.3 y 6.1.1). La responsabilidad del porteador hacia <u>otros</u> consignatarios cuyas mercancías pudieran haber resultado dañadas por las mercancías peligrosas sería una "pérdida [del porteador]" debida a las "mercancías". Lo mismo se aplicaría a la pérdida directa para el porteador consistente, por ejemplo, en daño al buque o algo semejante. Por ello, no resulta claro qué tipo de pérdida puede sufrir un porteador como resultado del incumplimiento por el cargador de sus obligaciones del artículo 7.1, que no sea la ya descrita como pérdida, daño o lesión "debida a las mercancías". Se requiere aclarar más esta cuestión, ya que la responsabilidad del cargador de conformidad con el artículo 7.6 se basa en la culpa, pero con inversión de la carga de la prueba y exigencia de un grado de diligencia especialmente alto (semejante al establecido en el artículo 17.2 del Convenio CMR; véase una explicación en el comentario al artículo 6.1.1). En la práctica, sería sumamente difícil para un cargador asumir la carga de la prueba, ya que normalmente no tendría acceso a todos los hechos.

96. **Artículo 7.7**: Esta disposición extiende determinadas obligaciones y derechos de un cargador contractual a una parte identificada como cargador en las cláusulas del contrato, que "acepta" un documento de transporte/documento electrónico. En particular, esa parte tendría una responsabilidad objetiva si el cargador contractual no facilitara datos oportunos y exactos (artículos 7.5, 7.4, 7.3, 8.2.1 b) y c)) y quedaría sometida a una carga de la prueba muy alta, de conformidad con el artículo 7.6, si el cargador contractual incumpliera el artículo 7.1. La persona a que se refiere el artículo 7.7 se menciona también en el artículo 10.3.2 (instrucciones de entrega cuando el tenedor no reclama ésta) y puede verse afectada además por las disposiciones del artículo 9.3.

97. El artículo 7.7 parece plantear varios problemas. En primer lugar, no resulta claro qué es lo que equivaldría a la "aceptación" del documento de transporte/documento electrónico, dando lugar a la aplicación de esta disposición. ¿Sería suficiente para la aceptación recibir o tramitar de otro modo un documento de transporte en calidad de agente y por cuenta del cargador contractual? Si así fuera, la aplicación de la disposición parecería arbitraria. En segundo lugar, la disposición se refiere a "una persona identificada como "cargadora" en los datos del contrato". Se podría redactar cláusulas uniformes que definieran y, en consecuencia, "identificaran" al cargador en los datos del contrato de forma que incluyera al consignatario. Véanse, por ejemplo, las cláusulas de conocimiento de embarque actualmente utilizadas, que definen al "comerciante" ("merchant") como comprensivo de, entre otras personas, el cargador, consignador, tenedor, consignatario, etc., y dicen que tendrá la responsabilidad de un cargador en virtud del contrato. Parece que, hasta cierto punto, el artículo 7.7 daría efectos legales a cláusulas uniformes como las mencionadas. Sin embargo, y esto es sumamente importante, la finalidad de la disposición no es clara. De conformidad con el artículo 7.7, una parte que no fuera el cargador contratante sería considerada efectivamente responsable si el cargador contratante incumpliera sus obligaciones. Esta responsabilidad vendría a añadirse a la del cargador contratante. Por qué debería ser así no resulta evidente. Quizá sea necesario volver a examinar tanto la finalidad como la redacción de esta disposición.

98. **Artículo 7.8**: De conformidad con esta disposición, el cargador respondería ante el porteador por los actos y omisiones de los "subcontratistas, empleados, agentes, y cualquier otra persona que obre, directa o indirectamente, por petición suya, o bajo su supervisión o control, ...". Es importante señalar que, de conformidad con el artículo 5.2.2 en su redacción actual, un cargador podría tener responsabilidad contractual por algunas de las funciones del porteador. En la práctica, el porteador, naturalmente, puede realizar esas funciones "como agente del cargador" o adoptar medidas para su realización por otras partes, como estibadores, etc. En ese contexto, el artículo 7.8 parece problemático, ya que cabría considerar al cargador como responsable de los actos u omisiones del propio porteador o de partes bajo la supervisión y control de éste. Además, no resulta claro cómo se aplicaría esta disposición cuando, de conformidad con el artículo 7.7, se considerara responsable a otra persona distinta del cargador contractual. Esta parte no habría "delegado la ejecución de cualquiera de sus responsabilidades ...", pero cabría considerarla responsable de los actos de las partes en que el cargador contractual hubiera delegado sus obligaciones.

H. Documentos de transporte y documentos electrónicos

99. La finalidad principal de toda disposición que requiera la inclusión de determinados datos en un documento de transporte/documento electrónico es garantizar que exista una prueba que deje constancia de esos datos. Esto tiene especial importancia cuando los documentos se negocian en el comercio internacional y la reclamación de las mercancías puede ser interpuesta por un tercero, que necesita probar la existencia de una pérdida, daño o retraso durante el transporte. Debe tenerse esto en cuenta al examinar las disposiciones del capítulo 8. Por desgracia, la redacción de este capítulo es especialmente compleja y varias de sus disposiciones son difíciles de comprender y aplicar. Aunque se han adoptado

elementos de las Reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo, la redacción y el contenido de las disposiciones difiere del de las reglas vigentes. Consideradas en ese contexto, el proyecto de reglas parece perjudicar gravemente los intereses de los que reclamen las mercancías.

100. **Artículo 8.1, Emisión del documento de transporte o del documento electrónico**: Esta disposición exige remitirse a las definiciones extensas y confusas del capítulo 1, y parece necesitar más atención. De conformidad con el artículo 8.1, el consignador tiene derecho a obtener un documento de transporte/documento electrónico al entregar las mercancías para su transporte. El cargador o la parte denominada cargador en el documento de transporte tiene derecho a un documento de transporte/documento electrónico negociable, a menos que esto no sea necesario de conformidad con la práctica/uso/costumbre comercial o que las partes acuerden otra cosa. De forma importante, el acuerdo de que: a) no se emitirá un documento negociable, o b) se emitirá un documento electrónico puede adoptarse "implícitamente". Los acuerdos implícitos pueden dar lugar a problemas de prueba y puede ser preferible permitir sólo los acuerdos expresos en ambas materias. Al parecer, la intención del redactor de la disposición fue que sólo el cargador tuviera derecho a obtener un documento de transporte o un documento electrónico "negociable", pero la redacción del artículo 8.1 i), en relación con las definiciones del artículo 1, permite también una interpretación distinta (obsérvese que los términos "documento de transporte" y "documento electrónico" definidos en los artículos 1.20 y 1.9 no se limitan necesariamente a los documentos de transporte/documentos electrónicos no negociables.

101. **Artículo 8.2, Datos del contrato**: El artículo 8.2 enumera una serie de datos del contrato que deberán incluirse en el documento de transporte/documento electrónico emitido por el porteador. A diferencia del artículo 15.1 de las Reglas de Hamburgo, no se requiere incluir ningún acuerdo sobre el transporte en cubierta (véase, sin embargo, el artículo 6.6.3), ni indicar si algún flete será pagadero por el consignatario. Además, no se requiere incluir ninguna fecha de entrega convenida. Para mayor claridad, parecería aconsejable indicar en una disposición todos los datos que, de conformidad con el proyecto de Instrumento deberán incluirse en los "datos del contrato". Hay que señalar que la parte a que se refiere el artículo 7.7 podría verse afectada indirectamente por el artículo 8.2, que impone una obligación al cargador contratante. Esta parte podría solicitar la expedición de un documento de transporte de conformidad con el artículo 8.1 y resultar responsable hacia el porteador por las inexactitudes de los datos contenidos en el documento de transporte, de conformidad con los artículos 7.7, 7.5 y 7.3 c).

102. Es difícil comprender por qué el cargador deberá facilitar la información relativa a las mercancías, de conformidad con el **artículo 8.2.1 b) y c)**, antes de que éstas se entreguen para su transporte. Debería bastar con disponer de esa información antes de emitir el documento de transporte/documento electrónico. Tampoco resulta claro por qué, de conformidad con el artículo 8.2.1 c), el cargador debe proporcionar datos sobre el peso, además del número de bultos/piezas o de la cantidad. Como el cargador tendría una responsabilidad objetiva si no facilitara los datos exigidos de conformidad con el artículo 8.2.1 b) y c) exacta y oportunamente (artículo 7.4), se vería obligado a pesar las mercancías, incluidas las transportadas en contenedores, en todos los casos. A la inversa, un porteador podría no quedar obligado a pesar las mercancías transportadas en contenedores (salvo cuando ello se conviniera antes del transporte y por escrito) y, en consecuencia, siempre podría incluir en el documento de transporte una cláusula limitativa (artículo 8.3.1 c)), que

destruyera el valor probatorio de toda declaración relativa al peso de un contenedor (artículo 8.3.3). Es difícil comprender por qué debería recaer sobre el cargador/consignatario el costo de pesar las mercancías transportadas en contenedores, sin que ello le beneficiara en absoluto. Hay que señalar que el cargador tendría también derecho normalmente a limitar la declaración sobre el contenido de un contenedor sellado (artículo 8.3.1 b)). En el caso del transporte en contenedores, el documento de transporte sería por ello, con frecuencia, inadecuado para probar una pérdida o una entrega insuficiente durante el transporte. En el caso de las mercancías no transportadas en contenedores, el porteador podría incluir también una cláusula limitativa, siempre que fuera poco "razonable comercialmente" verificar la cantidad o el peso de las mercancías (véanse los artículos 8.3.1 a) y 8.3.2 a)). Evidentemente, se puede debatir qué es lo comercialmente razonable. En el transporte a granel, el documento de transporte podría ser igualmente de valor limitado como recibo constitutivo de prueba.

103. Una disposición como la del **artículo 8.2.1 e)** que exigiera la inclusión del nombre y la dirección del porteador en los datos del contrato sería evidentemente de cierta ayuda para los intereses de los propietarios de las mercancías a fin de poder identificar al porteador contratista en el escaso tiempo disponible para las reclamaciones (artículo 14.1). Sin embargo, puede ser aconsejable exigir información sobre el establecimiento principal del porteador, ya que ello proporcionaría la indicación más fiable de dónde podría ser localizado.

104. **El artículo 8.2.1 f)** requiere la inclusión de una fecha en los datos del contrato. La fecha del envío que figura en un documento de transporte tiene especial importancia comercial, por ejemplo cuando las mercancías se venden en condiciones de transporte marítimo (c.i.f., f.o.b.), en una serie de contratos. En este contexto, preocupa que la última propuesta alternativa del artículo 8.2.1 f) iii) permita incluir la fecha de expedición del documento de transporte/documento electrónico, en lugar de la fecha de recepción o de envío de las mercancías. En sí misma, la fecha de expedición es sólo de una pertinencia limitada. Todo documento de transporte/documento electrónico debería incluir la fecha de: a) el envío de las mercancías o, según el caso, b) la recepción de las mercancías (con la posibilidad de convertir ese documento en un documento electrónico "embarcado" al cargar las mercancías en el buque, si se exigiera esta información).

105. **Artículo 8.2.3, Firma**: El artículo 8.2.3 b) establece los requisitos de firma pertinentes en los casos en que se haya emitido un documento electrónico. No resulta claro por qué la definición de "firma electrónica" difiere de la del artículo 2 a) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, aprobada en 2001. Hay que señalar que en el artículo 8.2.3 b) se dice que la firma electrónica indica "la autorización ... respecto del documento electrónico", y no que "aprovecha la información recogida en" el documento electrónico (de acuerdo con la definición de firma electrónica de la Ley Modelo de la CNUDMI). Sin embargo, no resulta claro si se ha pretendido alguna diferencia sustantiva.

106. **Artículo 8.3.1, Circunstancias en que el porteador puede introducir una limitación ...:** Parece haber un problema especial con la redacción del artículo 8.3.1 a). De conformidad con el apartado ii) de la disposición, se da al porteador el derecho a sustituir cualquier información facilitada por el cargador que considere inexacta. La estructura de la disposición indica que también en esos casos se aplicaría el párrafo introductorio del artículo 8.3.1 y se permitiría al porteador incluir una cláusula limitativa. Sin embargo, esto resulta evidentemente injustificado y no puede ser la intención de la disposición. Por lo que se refiere a la

aplicación de la disposición del artículo 8.3.1 c), véanse las preocupaciones expresadas en los comentarios al artículo 8.2.1.

107. **Artículo 8.3.2, Medios razonables de verificación**: De conformidad con el artículo 8.3.2 b), se presumirá que el porteador ha actuado de buena fe cuando emita un documento de transporte/documento electrónico que contenga cláusulas limitativas. En la práctica, sería evidentemente muy difícil para un (tercero) reclamante de las mercancías probar que un porteador no había actuado de buena fe. Cabe aducir que la inversión de la carga de la prueba induciría al abuso, ya que un porteador irresponsable podría hacer caso omiso efectivamente de las condiciones del Instrumento, incluyendo una cláusula limitativa en el documento de transporte/documento electrónico.

108. **Artículo 8.3.3, Prueba concluyente y prueba semiconcluyente**: La finalidad de esta disposición, que se basa libremente en el artículo III, regla 4 de las Reglas de La Haya-Visby, es preservar el valor probatorio del documento de transporte/documento electrónico emitido en una reclamación de mercancías. Esto es de especial importancia, dado que un tercero consignatario, sin relación con el cargador inicial, puede no tener otra prueba disponible que lo que se entregó al porteador para el transporte. Sin embargo, el efecto práctico de esta disposición sería mínimo, considerada en su contexto, en vista de las demás disposiciones del capítulo.

109. **Artículo 8.4.2, Falta de identificación del porteador**: El artículo 8.4.2 contiene una importante disposición que salvaguarda la capacidad de quien reclame las mercancías para identificar al porteador y, de esa forma, iniciar una reclamación en la jurisdicción competente, dentro del plazo breve y estricto (artículo 14.1). La disposición establece una presunción de que el propietario inscrito de un buque que transporte las mercancías es el porteador. Resulta necesaria, en particular cuando un buque de transporte opera en virtud de un contrato de fletamento y el fletador puede ser el porteador contratante. Sin embargo, no resulta claro por qué el propietario inscrito podría rechazar la presunción si el buque fuera fletado sin tripulación. Es cierto que, en un fletamento de esta índole, el propietario inscrito no interviene en la dirección del buque y, por consiguiente, no sería considerado porteador. Sin embargo, en interés de la protección eficaz de los derechos legales del consignatario a interponer una reclamación de las mercancías, parecería de importancia vital garantizar que se considerase responsable a esa parte si el porteador contratante no pudiera ser identificado. Si la presunción del artículo 8.4.2 puede refutarse, los derechos de quien reclame las mercancías dependerán en realidad de si el fletador sin tripulación posee algunos activos. Además, este fletador podría alegar que no era el porteador contratante, en cuyo caso quien reclamara las mercancías estaría en la misma situación que si no se aplicara ninguna presunción. Peor aún: para entonces, toda posibilidad de reclamar contra el verdadero porteador contratante (por ejemplo, el fletador por tiempo determinado) habría prescrito probablemente (véase el artículo 14). La disposición sólo es aplicable en los casos en que se ha expedido un documento de transporte “embarcado”. No hay una presunción equivalente aplicable a los casos en que las mercancías se entregan para su transporte en una terminal de contenedores, y se pierden o dañan antes de su envío. Sin embargo, el plazo de prescripción, breve y estricto, se aplica en todos los casos.

I. Flete

110. El capítulo que trata del flete intenta resolver cuestiones actualmente no comprendidas en el régimen internacional. El derecho relativo al flete depende de las legislaciones nacionales pertinentes y cabe suponer que en las diferentes jurisdicciones existe una diversidad considerable de normas. Por ello, todo intento de redactar reglas uniformes en esta materia debe hacerse con especial cuidado. En particular, se debe examinar el contenido de las disposiciones que beneficien a los porteadores y no a los intereses de los propietarios de las mercancías, para determinar la conveniencia de su inclusión en un régimen internacional. En general, las normas contenidas en este capítulo parecen favorecer considerablemente los intereses del porteador. Por ello, queda abierto el debate de si debe incluirse el capítulo.

111. **Artículos 9.1 y 9.2**: Las reglas establecidas en estas disposiciones determinan cuándo se devenga el flete y es pagadero. Parecen concordar con las cláusulas normalizadas de los conocimientos de embarque actualmente utilizados. A falta de un derecho obligatorio en la materia, los problemas relativos al pago del flete quedan sometidos por lo general al acuerdo contractual. Sin embargo, resulta dudoso si las reglas establecidas en los artículos 9.1 y 9.2 deben adoptarse internacionalmente. Esas disposiciones no se ocupan de problemas que han surgido en la práctica actual, por ejemplo, en los casos en que se han expedido conocimientos de embarque a fletadores que han enviado mercancías en virtud de un contrato de fletamento. En esos casos, el conocimiento de embarque puede incorporar todas las disposiciones de la póliza de fletamento, incluidas las del flete, pero el consignatario al que el fletador haya transferido ese conocimiento de embarque quizá no conozca su contenido. Por lo tanto, puede quedar obligado por un acuerdo en virtud del cual el transporte haya devengado un flete sin que exista una indicación clara al respecto en los datos del contrato. Las disposiciones de los artículos 9.1 y 9.2 a) quedan sometidas al acuerdo contractual y, por consiguiente, no darán al consignatario indicación alguna de si responderá o no del flete. Resulta especialmente preocupante el artículo 9.2 b). Esa disposición dice que una vez que se haya devengado, el flete seguirá siendo pagadero aunque las mercancías se pierdan, resulten dañadas "o por otra razón no se entregan al consignatario de conformidad con las disposiciones del contrato [...] independientemente de la causa de dicha pérdida, dicho daño o dicha falta de entrega". Tal como está redactada, la disposición no parece quedar sometida al acuerdo contractual. No hay razón para que así sea (aunque pueda ser improbable que un porteador desee apartarse contractualmente de esa disposición). Sin embargo, lo que es más importante es que, con arreglo al artículo 9.2 b), el derecho al flete no se verá afectado ni siquiera en caso de falta grave del porteador, como el robo de las mercancías. Resulta dudoso que ello concuerde con el derecho vigente en todas las jurisdicciones y también que la disposición se justifique.

112. **Artículo 9.3**: En el proyecto de instrumento no se indica en parte alguna lo que significa "otras cargas que se deriven en el transporte de las mercancías" (véase el **artículo 9.3 a)**), en particular si pueden incluir las sobrestadías en el puerto de carga o de descarga.

113. No resulta claro por qué el **artículo 9.3 b)** introduce una disposición aparentemente imperativa en beneficio exclusivo del porteador, aunque la reglamentación del flete está sometida en general al acuerdo contractual. Las partes deben poder convenir libremente sobre las cuestiones a que se refiere el artículo 9.3 b). El porteador, si lo desea, está en condiciones de proteger su posición redactando cláusulas contractuales apropiadas para su inclusión en el documento de transporte.

Tal como está redactada, la disposición haría que el porteador o la parte designada como cargador siguiera siendo responsable aunque el contrato dijera otra cosa. Además, la redacción del artículo 9.3 b) ii) (en conjunción con la frase introductoria del artículo 9.3 b)) parece indicar que la parte identificada como cargador en los datos del contrato "seguirá" siendo responsable del pago de cualesquiera sumas en virtud del contrato de transporte, que esa parte nunca ha convenido en pagar. Ello, evidentemente, sería difícil de justificar. Por lo que se refiere al texto de la disposición del artículo 9.3 b) ii), no resulta claro lo que se quiere decir exactamente con "cualquier cantidad pagadera al transportista con arreglo al contrato de transporte", ni por qué se ha incluido una referencia a "una seguridad adecuada en virtud del artículo 9.5". En el artículo 9.3 b) iii), la referencia al artículo 12.4 es muy desafortunada. El artículo 12.4 dice que tanto la persona que haga la transferencia como la que la reciba serán responsables mancomunada y solidariamente si la transferencia de los derechos por cesión "incluye la transferencia de responsabilidades". No resulta claro si esto se determinará por la ley aplicable al contrato de transporte o a la cesión, o por el propio contrato de transporte. Por consiguiente, no resulta claro cuál será el efecto del artículo 9.3 b) en el caso de que se trate.

114. **Artículo 9.4 (flete pagado de antemano y declaraciones sobre el pago del flete)**: Esa disposición es de particular interés para un tercero consignatario que pueda haber comprado las mercancías con arreglo a un contrato de servicios prolongados c.i.f., c.&f., o f.o.b, y se encuentre con una reclamación de flete de un porteador al que no se haya pagado. Resulta lógico prever claramente en el proyecto de Instrumento que una parte que no sea el cargador contractual original podrá actuar de forma concluyente contra el porteador sobre la base de una declaración hecha en el documento de transporte/documento electrónico en el sentido de que el flete se ha pagado de antemano. Esto corresponderá también a la situación jurídica en la mayoría de las jurisdicciones. Sin embargo, la disposición, tal como está redactada, no ofrece ninguna protección a quien compre (cargador) unos servicios prolongados f.o.b. y obtenga de su vendedor (consignador) un documento de transporte/documento electrónico que indique "flete pagado de antemano". No resulta claro por qué un porteador podrá declarar inexactamente que el flete se ha pagado de antemano si no es así, ni por qué una parte que confíe en el documento habrá de soportar el riesgo que acompañe a esa práctica. El artículo 9.4 b) prevé adecuadamente que una declaración de "flete pagadero" en los datos del contrato indicará al consignatario o tenedor que puede ser responsable del flete. Esa disposición, sin embargo, no se ocupa de la cuestión de qué ocurriría si los datos del contrato indicaran simplemente "flete pagadero de conformidad con la póliza de fletamento". Un consignatario o tenedor puede descubrir que es responsable del pago del flete de esa póliza, aunque, según su contrato con el cargador (en calidad de vendedor), el flete hubiera debido ser pagado por esa parte. Puede ser conveniente incluir una disposición semejante al artículo 15 1) k) y al artículo 16 4) de las Reglas de Hamburgo, que trate de proteger al tercero consignatario en los casos en que el documento de transporte no indique que el flete será pagadero por un tercero consignatario o tenedor.

115. **Artículo 9.5**: El artículo 9.5 a) da al porteador un privilegio sobre el cargamento y el derecho a vender las mercancías a falta de pago o de una "seguridad adecuada". Sus derechos dependerán de que exista responsabilidad por determinados tipos de obligaciones de pago, de conformidad con la legislación nacional aplicable al contrato de transporte. Esa disposición da origen a una serie de preocupaciones importantes que pueden aconsejar su supresión:

a) Al referirse a legislación nacional, se introduce un grado considerable de incertidumbre, ya que la identificación de la legislación nacional aplicable dependerá de las reglas de conflicto de leyes del foro en que se resuelva la controversia por vía judicial o arbitral. En algunas jurisdicciones, esas reglas pueden ser distintas según que la reclamación se formule en virtud de un contrato de transporte o de un documento "negociable". Esa disposición introduce un enfoque "intercomunicado" en lugar de un enfoque "uniforme". Como consecuencia, se pierden las ventajas de la reglamentación uniforme y se produce un alto grado de incertidumbre.

b) Al dar preferencia a la legislación nacional sobre un acuerdo contractual en contrario (véase el texto entre corchetes del artículo 9.5 a)), la disposición aumenta la incertidumbre mencionada en el párrafo 1) hasta un grado inaceptable: no sólo tendrán las partes que identificar la legislación aplicable pertinente y sus normas sustantivas, sino que cualquier acuerdo contractual que hayan concertado carecerá de importancia y será equívoco. No parece justificado permitir al porteador valerse de la legislación nacional, si contractualmente ha convenido otra cosa. Una vez más hay que subrayar que los porteadores deben ser perfectamente capaces de proteger sus intereses mediante la inclusión de cláusulas en sus contratos uniformes.

c) La redacción de las distintas situaciones en que un porteador tendría derecho a un privilegio y a la venta de cualesquiera mercancías no resulta satisfactoria. El artículo 9.5 a) i) a iii) se refiere a diversos tipos de responsabilidad expresados en términos muy vagos. Determinar si existe alguna responsabilidad por parte del consignatario de conformidad con la legislación aplicable a un contrato requiere un grado considerable de conocimientos jurídicos y no es una cuestión que un porteador pueda ni deba decidir rápidamente y actuar en consecuencia ejerciendo su "derecho" a vender las mercancías. En particular, en lo que se refiere a "los daños debidos al porteador en virtud del contrato de transporte" (véase el artículo 9.5 a) ii)) resulta evidente lo inapropiado que sería el enfoque propuesto. El porteador se encontraría en la posición de juez, jurado y encargado de hacer cumplir cualquier derecho por los daños que reclame. Evidentemente, esto tampoco favorece realmente los intereses de los porteadores, ya que un error de apreciación por parte de un porteador podría provocar una serie de litigios, exponiéndolo a gastos jurídicos importantes y a una responsabilidad sustantiva.

d) El artículo 9.5 b) da al porteador derecho a vender las mercancías si el pago a que se refiere el apartado a) no se ha efectuado (en su totalidad). La disposición no se refiere a otra garantía que el pago y no especifica ningún plazo para utilizar este recurso drástico. Además, dice de forma un tanto vaga que el saldo del producto de la venta, después de deducir "las cantidades que se le debieran" (hay que suponer que en virtud del artículo 9.5 a)) "se pondrá a disposición del consignatario". Tal como está redactada, la disposición favorecería claramente los litigios.

J. Entrega al consignatario

116. El artículo 10.1 establece una nueva obligación del consignatario de aceptar "la entrega de las mercancías en el momento y el punto mencionados en el artículo 4.1.3". El porteador no está obligado a informar al consignatario de la llegada de las mercancías. Si el consignatario "no acepta la entrega", el porteador no será responsable de las mercancías salvo en los casos de imprudencia o en que el

porteador haya causado intencionalmente daños a las mercancías o su pérdida. Si bien la obligación de hacerse cargo de las mercancías sólo se plantea cuando el consignatario ejerce alguno de sus derechos en virtud del contrato de transporte, esta cuestión está sujeta a interpretación. Es obvio que un consignatario que, como cargador, exigiera la emisión de un conocimiento de embarque en virtud del artículo 8.1 ii) o ejerciera cualquiera de los derechos que tuviera como parte controladora en virtud de artículo 11.1 se vería afectado. La obligación es estricta (independientemente de la falta) y el consignatario incumpliría su obligación incluso en los casos en que tardara en hacerse cargo de las mercancías. No está claro por qué razón un porteador que permanezca a cargo de las mercancías después de su llegada al punto de destino no debe tener al menos cierta obligación de actuar con la debida diligencia.

117. El artículo 10.3 contiene reglas detalladas y complejas sobre la obligación de entrega del porteador y el artículo 10.4 contiene reglas igualmente detalladas y complejas sobre los derechos del porteador en caso de que el consignatario no se haga cargo de las mercancías. La redacción de las disposiciones es demasiado compleja para dar a los porteadores una orientación clara y fiable cuando deban decidir cómo actuar en función de lo requerido o permitido por el Instrumento. A continuación se resumen a grandes rasgos el contenido y el efecto de las disposiciones. Cuando no se haya expedido ningún documento de transporte negociable ni ningún documento electrónico negociable, la parte controladora notificará al porteador el nombre del consignatario y el porteador hará entrega de la mercancía a dicha persona una vez comprobada su identidad (artículo 10.3.1). Si se ha expedido un documento de transporte o un documento electrónico negociable, el tenedor de tal documento tendrá derecho a reclamar la entrega de las mercancías previa devolución del documento o de los documentos originales (o de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 2.4) (artículo 10.3.2 i)). Sin embargo, si el tenedor no reclama la entrega de las mercancías tras su llegada al lugar de destino, el porteador tendrá derecho a solicitar instrucciones de entrega a la parte controladora o, de no poder localizar a ésta, al cargador o a la persona a la que corresponda la función de cargador en virtud del contrato (véase el artículo 7.7). Al hacer entrega de las mercancías conforme a estas instrucciones, el porteador queda liberado de su obligación, aun cuando no se haya devuelto el documento de transporte negociable (o aun cuando el documento electrónico todavía sea válido). De no recibir instrucciones para la entrega, el porteador tiene derecho a ejercer los derechos que le corresponden en virtud del artículo 10.4, es decir, a almacenar y desembalar las mercancías o a obrar de otra forma respecto de las mercancías, si el cargador considera que así lo requieren razonablemente las circunstancias y, por último, a vender las mercancías (artículo 10.4.1.b)). Si el porteador vende las mercancías, tiene derecho a deducir las cantidades necesarias para “abonar o reembolsar los gastos que se hayan realizado respecto de las mercancías” y para “abonar o reembolsar cualquier otra cantidad que se mencione en el artículo 9.5 a) y que se adeude al porteador”. Antes de ejercer esos derechos, el porteador puede notificar la llegada de mercancías a la parte mencionada en el contrato, al consignatario o a la parte controladora, o al cargador. El porteador que ejerza derechos en virtud del artículo 10.4.1 sólo será responsable de la pérdida de las mercancías o de los daños sufridos por éstas si se han causado intencionadamente y a sabiendas de que probablemente se produciría esa pérdida, o si son fruto de una imprudencia personal.

118. En la forma en que figuran redactados, los párrafos 3 y 4 del artículo 10 no parecen razonables. Se confieren al porteador enormes derechos a disponer de las mercancías en caso de que el consignatario o el titular, por la razón que sea, no puedan hacerse cargo de las mercaderías cuando éstas llegan a su punto de destino (de conformidad con el artículo 4.1.3). En última instancia, el porteador tiene derecho a vender el cargamento y a satisfacer las reclamaciones con el producto de dicha venta. No obstante, la cuestión de si en ese momento se adeudan fondos efectivamente al porteador puede ser objeto de muchas controversias y tal vez de largos pleitos (obsérvese que el artículo 9.5 es, de por sí, una disposición muy problemática; véanse las observaciones al respecto). La parte que reclamara el cargamento quedaría con una demanda contra el porteador, mientras que éste dispondría efectivamente de un derecho legal de compensación por las reclamaciones potencialmente controvertibles. Además, el porteador no resultaría prácticamente nunca responsable de la pérdida de las mercancías ni de los daños sufridos por éstas mientras estuvieran bajo su custodia después de llegar a su destino. Por último, el porteador no sería responsable de no entregar las mercancías una vez devuelto un documento de transporte negociable si actuaba siguiendo las instrucciones de entrega dadas por la parte controladora o por el cargador.

119. En efecto, las disposiciones parecen sancionar el derecho de autoprotección del porteador en todos los supuestos en que el consignatario se demore en hacerse cargo de las mercancías tras su llegada al punto de destino. Si bien es comprensible que preocupen las situaciones en que no se recojan las mercancías en su lugar de destino, convendría que al tener en cuenta esta preocupación se ponderaran los intereses legítimos de los porteadores y de los consignatarios. Es preciso reconocer que las disposiciones del artículo 10.3 y 10.4 confieren amplios derechos al porteador sin tomar en modo alguno en consideración la postura del consignatario. En particular, convendría señalar que toda modificación de los principios establecidos en el sentido propuesto iría en detrimento de los derechos de los terceros tenedores de un “documento de transporte negociable”. Tradicionalmente, un conocimiento de embarque “negociable” confiere al titular el derecho exclusivo a reclamar la entrega de mercancías previa devolución del documento. Así pues, al disponer del documento, el tenedor viene a poseer, de hecho, las mercancías. Esta es la base sobre la cual se ha desarrollado y se realiza el comercio internacional con las condiciones de porteo (c.i.f., c.f., f.o.b.). El artículo 10.3.2 iii) dispone que el porteador, en determinadas circunstancias, podrá no incurrir en responsabilidad si no entrega las mercancías al tenedor de un conocimiento de embarque previa devolución del documento. No está claro por qué es así, dado que el porteador que deseara eludir los problemas derivados de las demoras en los conocimientos de embarque sobre papel podría celebrar el contrato por medios electrónicos.

K. Derecho de control

120. Los capítulos 11, 12 y 13 regulan cuestiones de gran complejidad que actualmente no se rigen por ninguna convención internacional pero que están sujetas a diversas leyes nacionales. En su forma actual, las disposiciones de estos capítulos no parecen reflejar suficientemente el consenso internacional sobre los conceptos utilizados y los derechos descritos. Además, la estructura de los capítulos, así como la redacción de las distintas disposiciones, es problemática y puede originar una

notable confusión. En este contexto, cabe recordar que para que una reglamentación internacional pueda prosperar es indispensable que sea clara y fácil de aplicar. Parece aconsejable que se supriman los capítulos 11 a 13 del anteproyecto de Instrumento y que vuelva a examinarse si procede o no reglamentar la cuestión en este momento. Si se decide mantener estos capítulos en el Instrumento, se presentarán ulteriormente observaciones más detalladas sobre los efectos de cada una de sus complejas disposiciones.

121. El capítulo 11 regula el derecho de control, una cuestión que nunca ha sido objeto de reglamentación internacional uniforme. Las reglas enunciadas en este capítulo requieren un examen detenido de diversas definiciones (capítulo 1). Lamentablemente, la redacción del texto de las disposiciones es muy deficiente y el capítulo adolece de falta de coherencia. Las continuas remisiones entre disposiciones dificultan su comprensión y aplicación. El **artículo 11.1** define el derecho de control; el **artículo 11.2** enuncia reglas detalladas sobre las partes controlantes y, en cierto grado, la transferencia y el ejercicio del derecho de control. En el **artículo 11.3** se fijan las condiciones con arreglo a las cuales el porteador debe cumplir las instrucciones recibidas conforme al artículo 11.1 i) a iii). La relación de estas disposiciones entre sí y con las disposiciones del capítulo 12 es compleja. Para hacer observaciones, es preciso analizar algunas disposiciones en su contexto.

122. En virtud del artículo 11.1, la parte controladora tiene derecho a dar instrucciones respecto de las mercancías, inclusive sobre la entrega de las mercancías en el lugar de destino. Concretamente, el artículo 11.1 dispone que dicha parte tiene derecho a: i) dar o modificar instrucciones respecto de las mercancías que no constituyan una variación del contrato de transporte; ii) pedir la entrega de las mercancías antes de su llegada al lugar de destino; iii) sustituir al consignatario por cualquier otra persona; y iv) acordar con el cargador la modificación del contrato. No obstante, con excepción del derecho a acordar la modificación del contrato, el ejercicio de todos los demás derechos mencionados en el artículo 11.1 i) a iii) está sujeto al artículo 11.3. En ese párrafo se dispone (con cierto detalle) que el porteador sólo deberá ejecutar las instrucciones mencionadas en el artículo 11 i) a iii) cuando esta ejecución pueda hacerse razonablemente y no cause interferencias ni gastos, etc., al porteador. De lo contrario, el porteador no está obligado a dar cumplimiento a las instrucciones. No obstante, si el porteador decide cumplirlas, puede exigir una garantía a la parte controladora. Las partes pueden modificar mediante acuerdo las disposiciones del artículo 11.1 ii) y iii) y del artículo 11.3. De conformidad con el artículo 11.4, las mercancías que se entreguen antes de llegar a su lugar de destino de conformidad con las instrucciones recibidas por la parte controladora en virtud del artículo 11.1 ii) se considerarán entregadas en el lugar de destino y el capítulo 10 será aplicable a la obligación de entrega. En virtud del artículo 11.5, el porteador tiene derecho a exigir instrucciones, documentos o información a la parte controladora o, de no poder localizar a ésta, al cargador o a la persona designada como tal (véase el artículo 7.7).

123. Efectivamente, la lista de derechos enunciada en el artículo 11.1 corresponde a los derechos de un cargador contratante en virtud de un contrato de transporte, concretamente a los derechos a dar ciertas instrucciones y a acordar la modificación del contrato. No se hace expresamente referencia al derecho a exigir la entrega de las mercancías en el lugar de destino, pero este derecho parece quedar englobado en

el derecho general a dar instrucciones. En vez de enunciarse simplemente en el artículo 11.1 que sólo existe un derecho a dar instrucciones razonables, se han fijado en otra disposición (el artículo 11.3) trámites y requisitos muy largos y complicados. Los derechos a dar instrucciones en virtud del artículo 11.1 i) a iii) son derechos limitados, que también pueden excluirse por la vía contractual. La finalidad y el objetivo de la reglamentación del derecho de control debería consistir en enunciar reglas claras y simples para determinar qué tipos de instrucciones debe cumplir un porteador y quién debe darlas. Desde una perspectiva general, las disposiciones del artículo 11 no tienen ninguna utilidad.

124. El artículo 11.2 regula la función de la parte controladora y, en cierto grado, la transferencia del derecho de control. En este párrafo se hace una distinción en función del tipo de documentación normal o electrónica empleada y la disposición debe estudiarse en el contexto de las reglas del artículo 12. Es sumamente lamentable que los artículos 11.2 y 12 no se enuncien en función del contexto, creando así una notable confusión. A grandes rasgos, el artículo 11.2 dispone lo siguiente:

a) Cuando no se haya emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico negociable este supuesto incluye la situación en que se haya emitido un documento sobre papel o electrónico no negociable, como (una carta de porte marítimo), o cuando no se haya emitido ningún documento de transporte. En virtud del artículo 11.2 a), el cargador será la parte controladora, a no ser que el contratista y el consignatario acuerden que no sea otra persona y que el cargador se lo notifique así al porteador. La parte controladora podrá transferir el derecho de control (el transferidor o el beneficiario de la transferencia deberán notificar al porteador al respecto), pero este derecho puede restringirse o excluirse por vía contractual (artículo 11.6). El ejercicio del derecho de control (es decir, la facultad para dar instrucciones en virtud del artículo 11.1) requiere que la parte controladora asegure la identificación. Conviene señalar que los mecanismos de transferencia del derecho de control no están especificados en el proyecto de Instrumento, pero que con arreglo al artículo 12.3 esa transferencia podrá efectuarse “de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional aplicable al contrato de transporte relacionado con la transferencia de derechos”. No obstante, el artículo 12.3 agrega que la transferencia no puede efectuarse mediante la transmisión de un documento sobre papel o de un documento electrónico, pero que puede efectuarse electrónicamente, para lo cual es preciso que el transferidor y el beneficiario de la transferencia notifiquen al porteador al respecto. El artículo 12.4 dispone que “si la transferencia de derechos en virtud de un contrato de transporte ... incluye la transferencia de responsabilidades que estén relacionadas con el derecho que se transfiere o que se deriven de dicho derecho, la persona que hace la transferencia y la que la recibe son responsables conjunta y solidariamente ...”.

b) Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable, el tenedor (artículo 1.12) de todos los originales será la única parte controladora (la palabra “única” no se emplea en relación con la parte controladora en el apartado a) del artículo 11.2). No está claro quién sería la parte controladora si hubiera varios originales en posesión de distintas personas. El tenedor podrá transferir el derecho de control transfiriendo (todos los originales del) el documento a la otra parte de conformidad con el artículo 12.1. A fin de ejercer los derechos derivados del artículo 11.1, se puede requerir al tenedor que presente (todos los originales del) el

documento y, una vez que el tenedor haya dado instrucciones en virtud de los incisos ii), iii) y iv) del artículo 11.1, éstas deberán enunciarse en el documento.

c) Cuando se haya emitido un documento electrónico negociable, el tenedor será la única parte controladora y podrá transferir el derecho de control de conformidad con el artículo 2.4. A fin de ejercer cualquier derecho en virtud del artículo 11.1, se podrá requerir al tenedor que presente pruebas de su condición de tenedor conforme al artículo 2.4. Una vez que el tenedor haya dado instrucciones con arreglo a los incisos ii), iii) y iv) del artículo 11.1, éstas deberán figurar consignadas en el documento electrónico. Dado que el propio artículo 2.4 sólo dispone que las partes pueden acordar un protocolo de procedimiento, la disposición del artículo 11.1 reafirma efectivamente que la transferencia del derecho de control se rige por acuerdo contractual.

L. Transferencia de derechos

125. Las disposiciones del capítulo 12 regulan el mecanismo de transferencia de derechos “dimanantes de un contrato de transporte” o “incorporados” a un documento de transporte o a un documento electrónico negociable. Estos derechos abarcan efectivamente el derecho de control enunciado en el capítulo 11, incluido el derecho a exigir la entrega de las mercancías en el punto de destino. Además, el capítulo 12 contiene reglas sobre los efectos de una transferencia. Se propone que se reconsidere la totalidad del texto y la estructura de las disposiciones y, de forma más general, la inclusión del capítulo en el proyecto de Instrumento.

126. El **artículo 12.2.2** dispone que un titular que no sea el cargador y que ejerza cualquier derecho en virtud del contrato de transporte “asume cualquier responsabilidad que le imponga el contrato en la medida en que dicha responsabilidad esté incorporada al documento de transporte negociable o al documento electrónico negociable o se pueda determinar sobre la base de dichos documentos”. En su forma actual, la disposición parece beneficiar considerablemente a los porteadores. La disposición permitiría a los porteadores contratantes incluir en el documento de transporte o en el documento electrónico cláusulas normalizadas para que toda responsabilidad que tenga el cargador (tanto en virtud del contrato como del proyecto de Instrumento) se haga extensiva al tenedor del documento de transporte o del documento electrónico. Por ejemplo, en una cláusula normalizada podría estipularse que toda persona que entrara en una amplia definición del término “comerciante” (incluidos el expedidor, el cargador, el consignatario, el tenedor, etc.) sería responsable del pago del flete, de las demoras y de los gastos, así como de las pérdidas resultantes de la expedición de una carga peligrosa o de la imprecisión de los detalles contractuales.

127. En virtud de las Reglas de La Haya-Visby, la situación es la siguiente: 1) las Reglas de La Haya-Visby no regulan el flete y las demoras. La eficacia de la cláusula a este respecto dependería del derecho pertinente que fuera aplicable al contrato. 2) En virtud del artículo III.5, únicamente el cargador es responsable de las pérdidas debidas a la imprecisión de los detalles del contrato. El porteador responderá ante el consignatario, pero seguirá teniendo derecho a una indemnización del cargador. Es obvio que cualquier cláusula contractual que impusiera responsabilidades a una parte que no fuera el cargador sería incompatible

con el artículo III.8 y, por tanto, nula y sin efecto. 3) En virtud del artículo IV.6, el cargador es responsable de las pérdidas debidas al envío de mercancías peligrosas sin el conocimiento ni el consentimiento del porteador. La posibilidad de que esa responsabilidad sea transferida a un tercero endosatario de un conocimiento de embarque es controvertida y varía de un ordenamiento jurídico a otro. En virtud del artículo 12.2.2 del proyecto de Instrumento, toda cláusula por la que se imponga alguna de las obligaciones del cargador (o todas ellas) a un tenedor tercero sería eficaz. No está claro cómo podría justificarse esto. Habida cuenta del artículo 12.2.2, el título del capítulo 7 ("Obligaciones del cargador") puede inducir a error.

M. Derechos a presentar demandas

128. Véanse las observaciones generales.

N. Plazo para la demanda

129. **Artículo 14.1**: Esta disposición regula el plazo permitido para la iniciación de procedimientos judiciales o arbitrales, una cuestión de inmensa importancia práctica. La disposición fija para los procedimientos tanto judiciales como arbitrales un plazo estricto de un año. Su enunciado se asemeja al del artículo III.6 de las Reglas de La Haya-Visby, que establece un plazo general transcurrido el cual se extinguen todos los derechos a presentar demandas contra el porteador (una disposición que contrasta con las Reglas de Hamburgo, y el plazo de prescripción de dos años, que no tiene el mismo efecto). En virtud del plazo enunciado en el artículo 14.1 se extinguiría cualquier derecho a presentar demandas sobre el cargamento al porteador o, de hecho, a cualquier "otra persona" a saber, el subcontratista del porteador, los empleados, los representantes o cualquier parte "ejecutante" y sus contratistas, empleados y agentes (véase el artículo 6.3.3). El plazo sería aplicable también a cualquier demanda interpuesta contra el cargador por incumplimiento de las obligaciones derivadas del capítulo 7, pero no a otras demandas, como las relativas a cuestiones reguladas en el capítulo 9. No está claro si este plazo sería aplicable a cualquier demanda presentada contra el consignatario, la parte controladora o el tenedor. A diferencia de lo dispuesto por las Reglas de La Haya-Visby, en esta disposición no se hace referencia a la responsabilidad del "buque" lo cual puede significar que el plazo no sería aplicable a las acciones reales iniciadas respecto de una embarcación. Conviene señalar que las palabras "responsabilidad... respecto de los bienes" se basan en las Reglas de La Haya-Visby. No obstante, los enunciados de las disposiciones conexas relativas a la responsabilidad y a su limitación difieren de las disposiciones pertinentes de las Reglas de La Haya-Visby. A consecuencia de ello, puede haber diferencias en la interpretación judicial del ámbito de aplicación del plazo fijado en el artículo 14.1.

130. **Artículo 14.2**: Dado que el breve plazo de prescripción enunciado en el artículo 14.1 está concebido como medio imperativo para impedir el inicio de procedimientos, es sumamente importante entender claramente a partir de cuándo empieza el plazo de un año. El enunciado del artículo 14.2 es similar al del artículo 19 2) de las Reglas de Hamburgo, pero existen algunas diferencias entre las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo. No se hace ninguna

referencia a la entrega parcial de mercaderías y se habla en concreto de las "mercancías pertinentes". Y sobre todo, el plazo de limitación comienza "el día en que el porteador haya finalizado la entrega de las mercancías de que se trate con arreglo al artículo 4.1.3 ó 4.1.4 ...". Esta referencia a la entrega "con arreglo al artículo 4.1.3 ó 4.1.4" introduce incertidumbre en el texto, debido principalmente a que en el artículo 4.1.3 propiamente dicho se define la obligación de entrega de forma confusa e insatisfactoria. Es importante señalar que, según parece desprenderse del artículo 4.1.3, el porteador puede introducir unilateralmente condiciones normalizadas en beneficio propio, definiendo el lugar o la fecha "contractualmente convenidos" para la entrega (véanse las observaciones sobre el artículo 4.1). Por último, conviene señalar que cuando por alguna razón el consignatario no pueda hacerse cargo de las mercancías conforme al artículo 4.1.3, el capítulo 10 ofrece al porteador diversos recursos. En esos casos, el plazo de prescripción puede empezar a correr, en virtud del artículo 14.2, independientemente de si ha tenido lugar o no la entrega.

131. **Artículo 14.3**: Esta disposición se refiere explícitamente a "la persona contra la cual se dirija una reclamación" y no, a diferencia del artículo 14.1, al porteador o al cargador. En aras de la claridad, convendría utilizar los mismos términos en todo el texto. Sería aconsejable prever la obligación de la parte a la que se pidiera que prorrogara el plazo de prescripción "como porteador" de informar al demandante si no se trata de un porteador contratante. Así se podrían evitar algunos de los problemas que se plantean para identificar correctamente al porteador contratante en un plazo breve. Es de prever que estos problemas sigan existiendo, a pesar del requisito enunciado en el artículo 8.2 i) e) de mencionar el nombre y la dirección del porteador en los detalles del contrato. También pueden plantearse problemas similares de identificación en las demandas contra otras partes, por ejemplo, a causa de la compleja definición de "parte ejecutante" en el artículo 1.17.

132. **Artículo 14.4**: Esta disposición corresponde en lo esencial al párrafo 5) del artículo 20 de las Reglas de Hamburgo y al artículo III.6 *bis* de las Reglas de La Haya-Visby. Si bien no parece que se haya querido modificar el contenido, el texto de la disposición es nuevo.

133. **Artículo 14.5**: Conviene señalar que esta disposición no serviría para una parte reclamante que demandara a un fletador con cesión de la gestión náutica y se diera cuenta de que el porteador contratante era, por ejemplo, un fletador por un tiempo o para un viaje determinado. El fletador con cesión no sería responsable y toda acción contra el porteador contratante tendría un límite temporal en virtud del artículo 14.1. Esta situación sería insatisfactoria desde el punto de vista de los intereses del cargamento. Véanse también las observaciones sobre el artículo 8.4.2.

O. Avería gruesa

134. En los informes preparados por la UNCTAD al respecto se exponen de forma general los argumentos a favor y en contra de la reglamentación de la avería gruesa[8]. El artículo 15 coincide exactamente con la disposición correspondiente del artículo 24 de las Reglas de Hamburgo. No obstante, conviene observar que las

[8] General Average, a preliminary review, TD/B/C.4/ISL/58; The Place of General Average in Marine Insurance Today, UNCTAD/SDD/LEG/1.

disposiciones relativas a la responsabilidad del porteador en las Reglas de Hamburgo no son idénticas a las del proyecto de instrumento. Debe tenerse presente esta diferencia al estudiar la necesidad de incluir esta disposición en el proyecto de Instrumento.

P. Límites de la libertad contractual

135. **Artículo 17.1**: De las disposiciones que se examinan ésta es una de las de mayor trascendencia, ya que en ella se define el ámbito de aplicación obligatorio del proyecto de Instrumento. El texto de la disposición adopta elementos de las disposiciones pertinentes de las Reglas de La Haya-Visby (artículo III.8) y de las Reglas de Hamburgo (artículo 23 1)). Por consiguiente, la jurisprudencia sobre ambas disposiciones sólo tendría una importancia limitada. Las Reglas de Hamburgo prohíben cualquier tipo de modificación directa o indirecta por vía contractual, pero permiten aumentar la responsabilidad del porteador. Las reglas de La Haya-Visby prohíben toda estipulación contractual por la que se reduzca o limite la responsabilidad del porteador. En su enunciado, el artículo 17.1 prohíbe .... toda estipulación contractual que tenga "la intención o el efecto" de excluir o limitar la responsabilidad de cualquier parte, inclusive del cargador y del consignatario. Además, en el proyecto de texto figura entre corchetes la prohibición de todo aumento contractual de la responsabilidad.

136. Dado que los contratos para el transporte marítimo de mercancías se conciertan sobre la base de cláusulas normalizadas, a menudo redactadas por el porteador y concebidas en beneficio de éste, es obvia la necesidad de proteger a los posibles reclamantes del cargamento de cláusulas contractuales injustas que excluyan o reduzcan de modo inaceptable la responsabilidad del porteador. Las Reglas de La Haya iniciales se adoptaron en 1924 precisamente en función de estas consideraciones, basándose en la legislación del Canadá y de los Estados Unidos. Por consiguiente, es apropiado dar carácter imperativo a los niveles mínimos de responsabilidad establecidos en todo nuevo instrumento internacional. En cambio, no está claro por qué razón deben ser imperativas también las obligaciones o responsabilidades del cargador o del consignatario. Si un porteador opta libremente por concertar un acuerdo en virtud del cual se reduzca la responsabilidad del cargador o del consignatario, debe darse efecto a tal acuerdo. No hay ninguna consideración que justifique en este contexto la alteración del principio de la libertad contractual. Del mismo modo, no parece existir ninguna razón convincente por la cual no deba autorizarse el aumento contractual de la responsabilidad del porteador. En vista de estas consideraciones, parece apropiado enmendar la disposición del artículo 17.1 de prohibir únicamente las estipulaciones contractuales que excluyan, reduzcan o limiten la responsabilidad del porteador (o de cualquier otra persona que desempeñe o que se comprometa a desempeñar cualquiera de las obligaciones del porteador en virtud del proyecto de Instrumento).

137. **Artículo 17.2**: Esta disposición permite excluir por vía contractual la responsabilidad del porteador o de la parte ejecutante cuando se transporten animales vivos o cuando se transporte un "cargamento especial" al margen de los procedimientos comerciales ordinarios. Por lo demás, ambos tipos de cargamentos están sujetos al proyecto de instrumento. Las Reglas de La Haya-Visby no se aplican al transporte de animales vivos y, con respecto al transporte de cargamentos

especiales, permiten la limitación contractual de la responsabilidad si no va en contra el orden público En cambio, las Reglas de Hamburgo se aplican al transporte de animales vivos, pero contienen una disposición especial por la que se excluye la responsabilidad del porteador en caso de pérdida, daños o demoras que sean fruto de los riesgos especiales inherentes a ese tipo de transporte (artículo 5.5)). Las Reglas de Hamburgo no contienen disposiciones especiales sobre "los cargamentos especiales transportados al margen de los procedimientos comerciales ordinarios". No está claro por qué razón el artículo 17.2 a) del proyecto de Instrumento permite la exclusión contractual de la responsabilidad del porteador cuando se transportan animales vivos. Parecería apropiado que un porteador que consintiera el transporte de animales vivos y se beneficiara de las disposiciones sobre plazos de prescripción estuviera sujeto también a los niveles mínimos de responsabilidad. Lo mismo cabría prever con respecto a los "cargamentos especiales transportados al margen de los procedimientos comerciales ordinarios".

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

La secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (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 y puede consultarse en el siguiente sitio de Internet: www.uncitral.org

Los resúmenes correspondientes (A(CN.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

Estos documentos también pueden consultarse en la página de presentación de la CNUDMI en Internet: http://www.uncitral.org

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, los que serán enviados 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.9/516) [Original: inglés]

Documento no reproducido. La lista actualizada puede solicitarse a la secretaría de la CNUDMI o puede ser consultada en la página de presentación de la Comisión en Internet (http://www.uncitral.org).

IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA

Formación y asistencia técnica

Nota de la Secretaría (A/CN.9/515) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-2	1209
II.	Importancia de los textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	3	1209
III.	Asistencia técnica para la preparación y aplicación de normas legales	4-7	1210
IV.	Seminarios y misiones de información	8-11	1211
V.	Participación en otras actividades	12-13	1212
VI.	Programa de pasantías	14-15	1214
VII.	Actividades futuras	16-18	1214
VIII.	Recursos financieros	19-25	1215

I. Introducción

1. De conformidad con una decisión adoptada en el 20º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[1], celebrado en 1987, las actividades de formación y asistencia figuran entre las principales prioridades de la CNUDMI. 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, abarcan 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 textos de la CNUDMI.

2. En la presente nota se reseñan las actividades llevadas a cabo por la Secretaría desde la publicación e la nota anterior presentada a la Comisión en su 34º período de sesiones, celebrado en 2001 (A/CN.9/494) 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.

II. Importancia de los textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

3. Los gobiernos, las organizaciones internacionales, incluidos los organismos de ayuda multilateral y bilateral, y el sector privado otorgan cada vez más importancia al perfeccionamiento del marco jurídico del comercio y las inversiones internacionales. La CNUDMI desempeña una importante función en 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[2] y la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[3];

b) En materia de solución de controversias, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[4] (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[5], el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[6], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[7] y las Notas de la CNUDMI sobre organización del proceso arbitral[8];

c) En materia de contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[9] y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[10];

d) En materia de banca, pagos e insolvencia, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo), la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (resolución 50/48 de la Asamblea General, anexo), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de

---

[1] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/42/17), párr. 335.

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

[3] Ibíd., vol. 1511, Nº 26119.

[4] Ibíd., vol. 330, Nº 4739.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/31/17), cap. V, secc. C.

[6] Ibíd., *trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/35/17), párr. 106.

[7] Ibíd., *cuadragésimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/40/17), anexo I.

[8] Ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/51/17), cap. II.

[9] Ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 17 y corrección* (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

[10] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.01.V4.

Crédito[11], la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (resolución 43/165 de la Asamblea General, anexo) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza[12];

e) En materia de transporte, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo)[13] y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional[14];

f) En materia de comercio electrónico e intercambio electrónico de datos, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[15] (resolución 51/162 de la Asamblea General, anexo y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[16].

III. Asistencia técnica para la preparación y aplicación de normas legales

4. 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 ley 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 a 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. Las actividades de formación y asistencia técnica promueven el conocimiento y la aceptación más general de los textos jurídicos preparados por la Comisión y revisten una utilidad especial para los países en desarrollo que carecen de conocimientos especializados en las esferas del derecho mercantil y comercial de que se ocupa la CNUDMI. Así pues, las actividades de formación y asistencia de la Secretaría podrían desempeñar un papel importante en la labor de integración económica que abordan muchos países.

5. La Asamblea General, en su resolución 56/79, de 12 de diciembre de 2001, reafirmó la importancia que revestía, especialmente para los países en desarrollo, la labor de formación y asistencia técnica de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional, como la asistencia en la preparación de legislación nacional basada en textos jurídicos de la Comisión; expresó la conveniencia de que la Comisión, al patrocinar seminarios y simposios, intensificara la labor encaminada a proporcionar esa formación y asistencia técnica, e instó 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 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. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que modificara el mandato del Fondo Fiduciario para Simposios, de manera que sus recursos también pudieran utilizarse para financiar actividades de formación y asistencia técnica emprendidas por la Secretaría.

---

[11] *Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/47/17), anexo I.

[12] Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/52/17), anexo I.

[13] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1695, Nº 29215.

[14] *Documentos Oficiales de la Conferencia 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.

[15] *Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/51/17), anexo I.

[16] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.02.V.80.

6. La secretaría de la CNUDMI ha adoptado medidas para aumentar la cooperación y coordinación con los organismos de asistencia para el desarrollo, a fin de asegurar que, en la práctica, se examinen y utilicen los textos jurídicos formulados por la Comisión cuyo examen recomienda la Asamblea General. 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.

7. Los países que están revisando o reformando su legislación mercantil desearán, tal vez, pedir a la Secretaría de la CNUDMI asistencia técnica y asesoramiento.

IV. Seminarios y misiones de información

8. 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 Transporte), jueces, árbitros, abogados en ejercicio, representantes del sector comercial, los círculos académicos y otras personas interesadas. Los seminarios y las misiones de información tienen por finalidad explicar las características más destacadas y la utilidad de los instrumentos de derecho mercantil internacional de la 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 de la Cámara de Comercio Internacional.

9. La Asamblea General, en su resolución 56/79 expresó la conveniencia de que la Comisión, al patrocinar seminarios y simposios, intensificara la labor encaminada a proporcionar esa formación y asistencia técnica.

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 la CNUDMI, de expertos de los países anfitriones y, ocasionalmente, de consultores externos. Finalizado el seminario, la Secretaría se pone en contacto con los participantes a fin de ofrecer a los países anfitriones el máximo apoyo posible durante el proceso de aprobación e introducción de textos de la CNUDMI.

11. Desde el anterior período de sesiones, la Secretaría de la CNUDMI organizó seminarios en cierto número de países, lo que abarcó, en general, misiones de información. Los siguientes seminarios se financiaron con recursos del Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI:

a) Vilnius (11 a 13 de junio de 2001), seminario celebrado en cooperación con el Centro de Arbitraje Comercial Internacional de Vilnius (aproximadamente 40 participantes);

b) Uagadugú (18 a 22 de junio de 2001), seminario celebrado en cooperación con el Ministerio de Justicia y de Promoción de Asuntos Humanitarios (aproximadamente 40 participantes);

c) Santo Domingo (20 y 21 de junio de 2001), seminario celebrado en cooperación con el Ministerio de Relaciones Exteriores (aproximadamente 100 participantes);

d) Nairobi (10 a 13 de septiembre de 2001), seminario celebrado en cooperación con el Ministerio de Relaciones Exteriores (aproximadamente 40 participantes);

e) Minsk (26 a 28 de septiembre de 2001), seminario celebrado en cooperación con el Tribunal de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio (aproximadamente 50 participantes);

f) Kiev (2 a 4 de octubre de 2001): simposio celebrado en cooperación con el Tribunal de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio (aproximadamente 60 participantes);

g) Dubrovnik, (Croacia) (1 a 5 de octubre de 2001): simposio celebrado en cooperación con el Centro Interuniversitario de Dubrovnik (aproximadamente 50 participantes);

h) Lima (15 y 16 de octubre de 2001): simposio celebrado en cooperación con el Ministerio de Relaciones Exteriores (aproximadamente 200 participantes);

i) Arequipa (Perú) (18 y 19 de octubre de 2001): simposio celebrado en cooperación con el Ministerio de Relaciones Exteriores (aproximadamente 200 participantes);

j) Bogotá (25 y 26 de octubre de 2001): simposio celebrado en cooperación con el Ministerio de Relaciones Exteriores (aproximadamente 160 participantes);

k) Hanoi (6 a 12 de diciembre de 2001): simposio celebrado en cooperación con los Ministerios de Comercio y de Justicia (aproximadamente 35 participantes);

l) Phnom Penh (3 a 5 de abril de 2002): simposio celebrado en cooperación con el Ministerio de Comercio (aproximadamente 40 participantes);

m) Yakarta (8 a 10 de abril de 2002): simposio celebrado en cooperación con el Banco Central de Indonesia (aproximadamente 70 participantes).

V. Participación en otras actividades

12. Varios 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 someterlos a examen con miras a su posible adopción o utilización. La participación de funcionarios de la Secretaría en los seminarios, conferencias y cursos que se enumeran a continuación fue sufragada por la entidad organizadora o por alguna otra entidad:

a) Curso sobre compraventa internacional de mercancías en la Universidad de París X-Nanterre (París, 30 de abril a 7 de mayo de 2001);

b) Conferencia internacional sobre insolvencia transfronteriza, celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos de Posgrado del Consorcio Pallas (Nimega (Países Bajos), 4 de mayo de 2001);

c) Curso sobre compraventa internacional de mercaderías, celebrado en la Universidad de Lecce (Lecce (Italia), 14 a 16 de mayo de 2001);

d) Curso sobre compraventa internacional de mercaderías, organizado por la Universidad de Boloña, la Facultad de Derecho Loyola y la Facultades de Derecho de Brooklyn (Boloña (Italia), 28 de mayo a 2 de junio de 2001);

e) Conferencia sobre métodos alternativos de solución de controversias, contratos internacionales y cuestiones afines, celebrada en la Universidad de Verona (Verona (Italia), 15 y 16 de junio de 2001);

f) Sexta conferencia de seguimiento sobre los sistemas de ejecución de proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET), patrocinada por el Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo (Sharm El Sheikh (Egipto), 29 y 30 de septiembre de 2001);

g) Seminario sobre derecho mercantil internacional, celebrado en la Universidad de Verona (Verona (Italia), 8 a 12 de octubre de 2001);

h) Conferencia conjunta de la Corte Permanente de Arbitraje y la Unión Árabe de Arbitraje Internacional (La Haya, 12 de octubre de 2001);

i) Conferencia anual de la National Conference of Bankruptcy Judges y la American Bar Association (Orlando (Estados Unidos de América), 17 a 19 de octubre de 2001);

j) 57ª convención anual de la industria de servicios de financiación basadas en la corriente de los activos, organizada por la Commercial Finance Association (San Francisco, California (Estados Unidos de América), 24 a 26 de octubre de 2001);

k) Conferencia de Cancún de 2001 de la Asociación Internacional de Abogados (Cancún (México), 28 de octubre a 1º de noviembre de 2001);

l) Curso de licenciatura en estudios jurídicos internacionales avanzados de las Universidades de Verona y Catania (Verona (Italia), 5 a 7 de noviembre de 2001);

m) Reunión del Comité Asesor de la Junta Directiva de la American Bar Association (Nueva York, 9 de noviembre de 2001);

n) Conferencia sobre el marco jurídico del comercio electrónico, patrocinada por la Universidad de Montreal y el Gobierno de Quebec (Montreal, 12 de noviembre de 2001);

o) Coloquio sobre solución de controversias en línea, patrocinado por la Universidad de Ginebra (Ginebra, 16 de noviembre de 2001);

p) Curso sobre compraventa internacional de mercaderías, Universidad de París X Nanterre (París, 7 a 14 de diciembre de 2001);

q) Conferencia internacional relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico y las últimas tendencias en materia de solución de controversias comerciales, patrocinada por el Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo (El Cairo, 12 y 13 de enero de 2002);

r) Segundo coloquio jurídico árabe, patrocinado por el Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo (El Cairo, 14 de enero de 2002);

s) Conferencia internacional sobre propiedad intelectual y comercio electrónico de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (Teherán, 15 y 16 de enero de 2002);

t) Programa de licenciatura en contratos internacionales de la Universidad de Palermo (Palermo (Italia), 17 y 18 de enero de 2002);

u) Programa de licenciatura en contratos internacionales de la Universidad de Padua (Padua (Italia), 25 de enero de 2002);

v) Programa de licenciatura en contratos internacionales de la Universidad de Padua (Padua (Italia), 1º y 2 de febrero de 2002);

w) Conferencia sobre comercio electrónico patrocinada por la División de Desarrollo del Comercio Electrónico de la Cámara de Industrias de Ammán (Ammán, 19 y 20 de febrero de 2002);

x) Programa de licenciatura en derecho comparado de la Universidad de Boloña (Boloña (Italia), 25 a 27 de febrero de 2002);

y) Curso de posgrado sobre derecho mercantil internacional patrocinado por el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Instituto Universitario de Estudios Europeos (Turín (Italia), 12 de abril de 2002);

z) Seminario sobre las nuevas reglas de la CCI aplicables a la presentación de documentos electrónicos, patrocinado por la Cámara de Comercio Internacional (Viena, 22 de abril de 2002).

13. La participación de funcionarios de la secretaría de la CNUDMI en los seminarios, las reuniones y los cursos enumerados a continuación se sufragó con cargo a recursos para viajes de funcionarios del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas:

a) Seminario de mesa redonda sobre la creación de un entorno jurídico que propicie las alianzas de los sectores público y privado del foro empresarial del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (Londres, 22 de abril de 2001);

b) Foro sobre un comercio abierto al futuro: servicios electrónicos destinados al comercio, las inversiones y las empresas de la Comisión Económica para Europa (CEPE), (Ginebra, 11 y 12 de junio de 2001);

c) Sexta conferencia bienal sobre arreglo de diferencias, patrocinada por la Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial (Praga, 22 de junio de 2001);

d) Coloquio jurídico internacional CNUDMI-INSOL (Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia) (Londres, 16 y 17 de julio de 2001);

e) Sexto congreso mundial de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) (Londres, 16 a 20 de julio de 2001);

f) Reunión de expertos en comercio electrónico y servicios de transporte internacional de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (Ginebra, 26 a 28 de septiembre de 2001);

g) Novena conferencia internacional de Zagreb sobre arbitraje, patrocinada por el Tribunal Permanente de Arbitraje y la Cámara de Comercio de Croacia (Zagreb, 6 y 7 de diciembre de 2001);

h) Curso práctico de las Naciones Unidas y de la Comisión Económica para Europa (CEPE) sobre el desarrollo de un marco normativo del comercio electrónico (Ginebra, 13 de febrero de 2002);

i) Grupo de Trabajo sobre Desarrollo Industrial y Empresarial de las Naciones Unidas y de la CEPE (Ginebra, 14 y 15 de febrero de 2002);

j) Simposio sobre desarrollo de la investigación - Arbitraje comercial internacional, patrocinado por el Global Center for Dispute Resolution Research (Barcelona (España), 21 a 24 de febrero de 2002);

k) Conferencia sobre elaboración de leyes reguladoras de la economía de mercado en el contexto del proceso de estabilización y asociación de la Unión Europea, patrocinada por la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) (pilar Unión Europea) (Pristina, 27 y 28 de febrero de 2002);

l) Estudio anual correspondiente a 2002 del régimen y la práctica de las cartas de crédito, patrocinado por el Institute of International Banking Law and Practice (Amsterdam, 25 y 26 de marzo de 2002).

VI. Programa de pasantías

14. El programa de pasantías tiene por finalidad proporcionar a jóvenes abogados la oportunidad de conocer la labor de la CNUDMI y de ampliar sus conocimientos sobre aspectos concretos del derecho mercantil internacional. Durante el pasado año la Secretaría acogió a 15 pasantes, procedentes de Alemania, Bélgica, el Brasil, China, Egipto, los Estados Unidos de América, Italia, Nigeria, la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) y el Perú. A los pasantes se les asignan tareas como por ejemplo la realización de investigaciones básicas o avanzadas, y la reunión y sistematización de información y documentación, o la colaboración en la preparación de documentos de antecedentes. La experiencia de la CNUDMI en lo que respecta al programa de pasantías ha sido positiva. No obstante, como la Secretaría carece de fondos para contribuir a sufragar los gastos de viaje o de otra índole de los pasantes, éstos deben recurrir al patrocinio de alguna organización, universidad u organismo oficial, o correr con sus propios gastos. Como consecuencia, la participación de pasantes de los países en desarrollo es limitada. A este respecto, la Comisión quizá desee invitar a los Estados Miembros, universidades y otras organizaciones a que, si no lo hacen ya, estudien la posibilidad de patrocinar la participación de jóvenes abogados en el programa de pasantías de la CNUDMI.

15. Además, la Secretaría acepta a veces solicitudes de especialistas y abogados en ejercicio que desean realizar, durante un corto período, investigaciones en la biblioteca jurídica de la CNUDMI.

VII. Actividades futuras

16. Para el resto de 2002 se han previsto seminarios y misiones de información sobre asistencia jurídica en África, América Latina, Asia, y los países con economía en transición en 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 esos planes depende de que se reciban fondos suficientes en forma de aportaciones al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI.

17. 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 organizarán el Instituto Universitario de Estudios Europeos y el Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín. Normalmente, alrededor de la mitad de los participantes proceden de Italia y una gran parte del resto de países en desarrollo. La contribución de la Secretaría de la CNUDMI al próximo curso se centrará en las cuestiones de armonización del derecho mercantil internacional desde la perspectiva de la CNUDMI, incluida su labor pasada y presente.

18. Además, como lo hecho en los siete últimos años, la Secretaría copatrocinó el noveno Concurso de Arbitraje Comercial Simulado Willem C. Vis, celebrado en Viena del 22 al 28 de marzo de 2002. El organizador principal del Concurso es el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Pace. Habida cuenta de la amplia participación internacional con que cuenta (en 2002 participaron 108 grupos de 36 países), se considera que es una excelente manera de difundir información acerca de los textos jurídicos uniformes y de enseñar derecho mercantil internacional. En el año en curso, la Secretaría ofreció varias conferencias sobre compraventa internacional y financiación del comercio

internacional, a las que asistieron alrededor de 140 participantes en el octavo Concurso.

VIII. Recursos financieros

19. La Secretaría prosigue sus esfuerzos por trazar un programa de formación y asistencia técnica más amplio a fin de atender a la demanda considerablemente mayor de los Estados que necesitan formación y asistencia, y en respuesta al llamamiento hecho por la Comisión en su 20º período de sesiones 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 a las crecientes solicitudes de formación y asistencia recibidas de los países en desarrollo y de los Estados con economías en transición. La Secretaría puede proporcionar información acerca de la forma en que pueden hacerse contribuciones.

21. Durante el período que se examina se recibieron contribuciones de Chipre, Francia, 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 aportando fondos o personal, o acogiendo 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 CNUDMI. El fondo fiduciario establecido conforme a lo solicitado está abierto al aporte de contribuciones financieras voluntarias de Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones de integración económica regional, organismos nacionales y organizaciones no gubernamentales, así como personas físicas y jurídicas.

23. En su 34º período de sesiones, la Comisión tomó nota con satisfacción de que la Asamblea General, en su resolución 56/79, de 12 de diciembre de 2001, había instado a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares 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, hicieran contribuciones voluntarias al fondo fiduciario establecido 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.

24. Desde el establecimiento de este fondo fiduciario, se han recibido contribuciones de Austria, Camboya, Chipre, Kenya México y Singapur.

25. Cabe recordar que en su 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 en la lista de fondos y programas que se examinan en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Promesas de Contribuciones para las Actividades de Desarrollo.

26. A fin de facilitar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la CNUDMI y sus grupos de trabajo, tal vez la Comisión desee reiterar su llamamiento a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al fondo fiduciario establecido para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la Comisión.

CNUDMI
COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI Anuario

Volumen XXXIII: 2002

Tercera parte

NACIONES UNIDAS

Tercera parte

ANEXOS

I. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

1. La presente Ley se aplicará a la conciliación[a] comercial internacional[b].

2. A los efectos de la presente Ley, el término "conciliador" podrá hacer referencia a un único conciliador o, en su caso, a dos o más conciliadores.

3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el conciliador"), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

4. Una conciliación será internacional cuando:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:

i) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni

ii) El Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.

5. A los efectos del presente artículo:

a) Cuando alguna de las partes tenga más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) Cuando alguna de las partes no tenga ningún establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

6. La presente Ley también será aplicable a las conciliaciones comerciales cuando las partes convengan en que la conciliación es internacional o en que la presente Ley sea aplicable.

7. Las partes podrán convenir en que la presente Ley no sea aplicable.

8. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9, la presente Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las partes antes o después de que surja la controversia, de una obligación establecida por ley o de instrucciones o indicaciones de

---

[a] Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo de explotación o concesión, empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, y de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

[b] Los Estados que deseen incorporar la presente Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales tal vez deseen enmendar el texto del modo siguiente:

a) Suprímase la palabra "internacional" en el párrafo 1 del artículo 1; y

b) Suprímanse los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 1.

un tribunal de justicia, tribunal arbitral o una entidad pública competente.

9. La presente Ley no será aplicable:

a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes; y

b) […]

Artículo 2. Interpretación

1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 y en el párrafo 3 del artículo 6, las partes podrán convenir en excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación[c]

1. El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo.

2. La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de conciliación.

Artículo 5. Número y designación de conciliadores

1. El conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber dos o más.

2. Las partes tratarán de ponerse de acuerdo para designar al conciliador o los conciliadores, a menos que se haya convenido en un procedimiento diferente para su designación.

3. Las partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona para la designación de los conciliadores. En particular:

a) Las partes podrán solicitar a tal institución o persona que les recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliador; o

b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.

4. Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de conciliador, la institución o persona tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, en su caso, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes.

5. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento conciliatorio, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Artículo 6. Sustanciación de la conciliación

1. Las partes podrán determinar, por remisión a algún reglamento o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.

---

[c] Los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción podrían incorporar en su respectiva ley el siguiente artículo:

"Artículo [. . .]. Suspensión del plazo de prescripción

1. Cuando se inicie el procedimiento de conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.

2. Cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación."

2. De no haber acuerdo al respecto, el conciliador podrá sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estime adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

3. En cualquier caso, el conciliador procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

4. El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia.

Artículo 7. Comunicación entre el conciliador y las partes

El conciliador podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

Artículo 8. Revelación de información

El conciliador, si recibe de una de las partes información relativa a la controversia, podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. No obstante, el conciliador no podrá revelar a ninguna de las otras partes la información que reciba de esa parte si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

Artículo 9. Confidencialidad

A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o que sea necesaria a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. Las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con:

a) La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio;

b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;

c) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

d) Las propuestas presentadas por el conciliador;

e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;

f) Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.

2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable cualquiera que sea la forma que revistan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.

3. Ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo y, si esa información se presentase como prueba en contravención del párrafo 1 del presente artículo, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la ley o en que sea necesario a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo serán aplicables independientemente de que el procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiera a la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento conciliatorio.

5. Sin perjuicio de las limitaciones enunciadas en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

Artículo 11. Terminación del procedimiento de conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por terminado:

a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;

b) Al efectuar el conciliador, previa consulta con las partes, una declaración en la que se haga constar que ya no hay razones para seguir intentando llegar a la conciliación, en la fecha de tal declaración;

c) Al hacer las partes al conciliador una declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o

d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración.

Artículo 12. El conciliador como árbitro

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos.

Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.

Artículo 14. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción[d]

Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución … [*los Estados promulgantes podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad*].

[d] Al aplicar el procedimiento de ejecución de los acuerdos de transacción, el Estado promulgante podrá considerar la posibilidad de que dicho procedimiento sea imperativo.

II. GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO Y PARA LA UTILIZACIÓN DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

[Editado como publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.05.V.4]

III. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL DEDICADAS A LA PREPARACIÓN DEL PROYECTO DE LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Acta resumida de la 739ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el lunes 17 de junio de 2002 a las 10.00 horas (A/CN.9/SR.739)

Presidente provisional: Sr. Hans Corell (Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México) Presidente del Comité Plenario

Índice

	Párrafos	*Página*
Apertura del período de sesiones	1 - 12	1261
Elección de la Mesa	13 - 14	1263
Aprobación del programa	15 - 16	1264
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional	17 - 86	1264

Se declara abierta la sesión a las 10.30 horas

Apertura del período de sesiones

1. **El Presidente provisional** invita a los miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) a que examinen el trabajo realizado durante el 35º período de sesiones desde la perspectiva general de los objetivos de desarrollo social de las Naciones Unidas, incluidos los enunciados en su Declaración del Milenio (resolución 55/2 de la Asamblea General). El crecimiento económico, la modernización política, la protección de los derechos humanos y otros objetivos más amplios de las Naciones Unidas dependen, al menos parcialmente, del respeto del imperio de la ley, por lo que los responsables de adoptar las políticas de los países en desarrollo y en transición buscan formas de instaurar o fortalecer en ellos el imperio de la ley. Las medidas para combatir la corrupción, la adopción de políticas orientadas al mercado y el aumento de los gastos destinados a satisfacer las necesidades de los desfavorecidos son cada vez más importantes a medida que avanza la mundialización y que las Naciones Unidas buscan soluciones para promover un crecimiento económico sostenible.

2. La Comisión ha hecho un aporte importante para facilitar varias actividades económicas que constituyen la base de una economía abierta y de funcionamiento ordenado, ayudando con ello a los países en desarrollo a aprovechar plenamente los beneficios del mercado mundial. El desarrollo económico resultante de la modernización y armonización del orden jurídico comercial de los países reporta ventajas directas a todos los sectores de la población de los países en desarrollo.

3. Por ejemplo, el recurso al comercio electrónico es ahora imprescindible para que los países en desarrollo puedan reducir el costo de negociar sus operaciones y facilitar su acceso a nuevos mercados. Sin embargo, el comercio electrónico difícilmente prosperará sin adaptar previamente a dicho comercio una normativa legal, de ámbito nacional e internacional, formulada en gran medida para unas comunicaciones comerciales consignadas sobre papel. Esta adaptación de la legislación deberá inspirarse en normas ya armonizadas y equitativamente negociadas como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

4. Otra necesidad esencial es la de mejorar las condiciones de acceso de las empresas comerciales de los países en desarrollo al crédito financiero. Muchas empresas solventes tropiezan a menudo con dificultades al tratar de obtener acceso a una financiación otorgada en condiciones comercialmente asequibles, por no haberse actualizado el derecho interno aplicable. La solución está en preparar modelos de leyes internacionalmente armonizados, en los que se tengan presentes los intereses legítimos de los acreedores y deudores, así como las diversas condiciones económicas y tradiciones jurídicas, que es la tarea que la CNUDMI realiza por conducto de su Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales).

5. En el Plan para la ulterior ejecución del Programa 21 (resolución S-19/2 de la Asamblea, anexo) aprobado por la Asamblea General en 1997 se subrayó la importancia de las sociedades o empresas mixtas, de capital público y privado, para lograr un desarrollo sostenible de la infraestructura pública básica de cada país. Un componente indispensable de un entorno nacional propicio para estas empresas es un marco legal que promueva la participación del sector privado en obras y servicios de infraestructura, sin perder nunca de vista las consideraciones de interés público del país receptor. Éstos son dos de los objetivos principales de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada.

6. Uno de los obstáculos más importantes para una gestión responsable y transparente de los intereses públicos de un país -otro pilar de todo desarrollo sostenible en función del personal responsable- es la dificultad de combatir la corrupción. La reciente experiencia en materia de reforma legislativa es una clara muestra de que los planes de acción nacionales contra la corrupción conllevan una revisión de leyes y reglamentaciones obsoletas de la contratación pública destinada a conseguir que se cumplan las normas internacionales en materia de buenas prácticas en el campo de la contratación pública. Tal vez, la compilación más prestigiosa de normas aplicables en esta esfera es la de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios. Las economías que reporta un sistema de contratación pública moderno y transparente dotarán a la administración pública de los países en desarrollo de recursos reasignables a la satisfacción de otras necesidades sociales imperiosas.

7. Sin embargo, la labor de armonización y unificación progresivas del derecho quedaría inconclusa si los Estados no dieran curso legal a las contravenciones y leyes modelo internacionales ni difundieran el conocimiento público de dichos textos. Las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales internacionales colaboran con la Comisión en esta tarea de promoción. No obstante, el éxito de las iniciativas de armonización dependerá de que se establezca una estrecha coordinación entre todos los organismos interesados, función que, al formar parte del mandato básico de la CNUDMI, ni puede ni debe ser delegada en otras organizaciones.

8. Los resultados del programa de asuntos jurídicos de las Naciones Unidas fueron reevaluados recientemente por la Oficina de Servicios de Supervisión Interna, y el Secretario General transmitió un informe a dicho respecto al Comité del Programa y de la Coordinación para su examen en su 42º período de sesiones (E/AC.51/2002/5). Pese a que la evaluación general de las actividades ha sido muy positiva, la Oficina de Servicios de Supervisión Interna señaló en su estudio tres aspectos que podían mejorarse. En primer lugar, será preciso mejorar el fondo y

la base de la coordinación entre los organismos relacionados con el derecho mercantil, tanto dentro como fuera del sistema de las Naciones Unidas. Consciente de esta necesidad, la secretaría está adoptando nuevos enfoques para aprovechar la labor realizada en otros foros, solicitando en particular que otras entidades pertinentes le presenten sus observaciones sobre los proyectos de texto. En segundo lugar la Oficina de Servicios de Supervisión Interna recomendó que la secretaría aumentara el alcance y la amplitud de sus servicios de asistencia técnica en la esfera de la reforma del derecho mercantil. Conforme a ello, la secretaría estudia una estrategia para colaborar con los organismos de financiación que apoyan programas relacionados con el comercio y para aumentar las contribuciones a sus fondos fiduciarios, incluida la financiación proveniente del sector privado.

9. En tercer lugar, se expresaron dudas respecto de si la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional podía mantener la calidad y eficiencia de su trabajo, habida cuenta de que el nivel de los recursos se mantenía en los niveles de 1968. En sus conclusiones y recomendaciones, la Oficina de Servicios de Supervisión Interna señaló que la aplicación de varias recomendaciones relativas a la Oficina de Asuntos Jurídicos podía requerir recursos suplementarios, para lo cual la Oficina debía preparar una justificación detallada a efectos de su examen por conducto de los procesos correspondientes de revisión del programa y el presupuesto. El Presidente provisional sugiere que la Comisión celebre consultas oficiosas sobre este tema en la segunda semana del presente período de sesiones, y que en dichas consultas se aborde también la recomendación 15 del informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna, relativa a las necesidades de la secretaría ante el aumento de tres a seis del número de grupos de trabajo de la CNUDMI.

10. El Presidente provisional y sus colegas de la Oficina de Asuntos Jurídicos han llegado a la conclusión de que las únicas opciones viables son reducir categóricamente el programa de trabajo actual de la Comisión o aumentar considerablemente los recursos de su secretaría. Al respecto, señala que el Comité del Programa y de la Coordinación celebra reuniones para formular recomendaciones sobre, entre otras cosas, la cuantía de los recursos que se han de asignar al fortalecimiento de la secretaría de la CNUDMI. Estas recomendaciones son decisivas para las deliberaciones de la Quinta Comisión de la Asamblea General, que formulará las recomendaciones finales a la Asamblea.

11. El fortalecimiento de la secretaría es necesario por varias razones: a) los Estados Miembros han pedido inequívocamente que la Comisión prepare textos legales y directrices jurídicas para una economía mundializada en ámbitos en que hasta ahora no han intervenido las Naciones Unidas; b) existe la necesidad cada vez mayor de coordinación entre un número creciente de organizaciones internacionales que han formulado reglas y directrices para el comercio internacional; c) la necesidad cada vez mayor de asistencia técnica deberá ser atendida por la Comisión, en su calidad de organismo formulador de normas internacionales, cuando las autoridades nacionales estudien la conveniencia de dar curso legal interno a normas que sean fruto de su labor.

12. Con respecto al programa de la Comisión en el presente período de sesiones, señala que los procedimientos para la solución amistosa de las controversias comerciales, sin recurso a la vía judicial, se reconocen cada vez más como un elemento indispensable para la promoción del comercio internacional. La Comisión ha hecho ya un aporte considerable a la estructuración de vías de esta índole, con la aprobación, en 1980, del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. La aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional representará otra contribución valiosa de la CNUDMI a esta labor preparatoria de mecanismos eficaces para la solución de controversias en las operaciones comerciales internacionales.

Elección de la Mesa

13. El **Sr. Toe** (Burkina Faso), que habla en nombre del Grupo de Estados Africanos, presenta la candidatura del Sr. Akam Akam (Camerún) al cargo de Presidente.

14. *El Sr. Akam Akam (Camerún) queda elegido Presidente por aclamación.*

Aprobación del programa

15. *Queda aprobado el programa* (A/CN.9/503).

16. *En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, asume la Presidencia.*

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional

17. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) señala que la labor de la Comisión sobre el proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional ha concitado atención en muchas partes del mundo. Por ejemplo, en una conferencia reciente sobre ecología, celebrada en Londres, se dedicó una sesión al proyecto, que obtuvo considerable apoyo. Además, en América Latina ha habido en los últimos años intensa actividad con respecto a la mediación y la conciliación. El proyecto de ley modelo ha inspirado reformas legislativas en varios países, como el Paraguay. En los Balcanes se han realizado otras actividades conexas; se han elaborado proyectos experimentales para centros de mediación; los tribunales han aconsejado a las partes que intenten resolver sus diputas por conciliación; y se ha impartido capacitación para actuar en calidad de mediador o de conciliador. Estas actividades han recibido apoyo de la Iniciativa de Cooperación en Europa Sudoriental y de la Comisión Económica para Europa.

18. La Unión Europea, tratando de dar más relieve al tema de la mediación, ha publicado un documento de discusión en el que se reconoce la labor de la Comisión. Además, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico incluyó la mediación entre las vías preconizadas por el Consejo para la solución de controversias y ha adoptado el método formulado por la Comisión en el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

19. Por ello, el texto que se tiene previsto ultimar ha de cumplir una notable función y se recibirá con gran interés en diversas partes del mundo. El hecho de que el proyecto de ley modelo se haya terminado en sólo cuatro períodos de sesiones es fiel reflejo de la eficiencia y pericia profesional del Grupo de Trabajo.

20. El **Sr. Sorieul** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) señala a la atención de la Comisión el texto del proyecto de ley modelo que figura en el anexo del informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 35º período de sesiones (A/CN.9/506); el proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/514); y la compilación de las observaciones recibidas de los gobiernos y de organizaciones internacionales sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/513 y Add.1 y 2).

21. Se celebraron consultas oficiosas sobre el artículo 15, con mira a formular un texto más completo. En su momento, la secretaría presentará un resumen.

22. **El Presidente** invita a las delegaciones a hacer ahora toda observación de índole general que estimen oportuna sobre el texto del proyecto de ley modelo.

23. El **Sr. Rendón** (México) señala que el texto fue aprobado por consenso en el Grupo de Trabajo. Una vez que se apruebe, el instrumento resultará muy útil para los procedimientos de conciliación en el ámbito tanto nacional como internacional. No sólo se evita en él todo exceso de reglamentación, sino que también se asigna una función muy significativa a la volición de los propios interesados.

24. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión), en respuesta a una cuestión de procedimiento suscitada por el **Sr. Shimizu** (Japón), señala que se pedirá a la Comisión que examine el texto del proyecto guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/514) una vez que se haya ultimado el proyecto de ley modelo.

25. El **Sr. Tang** Houzhi (China) apoya resueltamente el proyecto de ley modelo que, una vez aprobado, constituirá uno de los dos pilares de la conciliación comercial internacional, junto con la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 ("la Convención de Nueva York"). Pese a que gran parte del proyecto es ya aceptable para su delegación, el nuevo régimen sólo será plenamente eficaz si se dota de mayor fuerza ejecutoría a los arreglos negociados por esta vía. Además, se deben establecer nexos más estrechos con la mediación y el arbitraje, dos vías auxiliares importantes de la conciliación comercial en el ámbito internacional.

26. El **Sr. Medrek** (Marruecos) reitera la postura de su país en el sentido de que el proyecto constituye una plataforma jurídica para ayudar a los países a introducir enmiendas mientras van adaptándose a las tendencias actuales de este sector. Al respecto, las disposiciones del proyecto otorgan a los Estados que deseen incorporar el régimen de la nueva ley modelo a su derecho interno la posibilidad de enmendarla y adaptarla a su situación particular. Como tal, el proyecto de ley ofrece una vía jurídica apropiada para resolver las controversias.

27. La **Sra. Geth-Flemmich** (Austria) apoya resueltamente el proyecto. Su país examina en la actualidad la posibilidad de reformar su régimen legal del arbitraje, por lo que sigue con interés especial la labor de la Comisión. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) había inspirado la promulgación de nuevas leyes al respecto en muchos países; la delegación de su país está convencida de que la nueva Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional resultará igualmente fructífera, y fijará además las directrices normativas requeridas en una esfera importante y en rápida evolución.

28. **El Presidente**, al observar que no se ha hecho ninguna objeción al título propuesto, invita a la Comisión a que proceda a un análisis por párrafos del proyecto presentado. Sugiere aplazar el examen de la nota de pie de página 1 en espera de la publicación del documento pertinente (A/CN.9/XXXV/CRP.3).

Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

29. El **Sr. Medrek** (Marruecos) reitera la postura de la delegación de su país en el sentido de que el título del artículo 1 debe enmendarse para que diga: "Definiciones y ámbito de aplicación".

30. El **Sr. Shimizu** (Japón) señala que podría desprenderse del párrafo 1 del artículo 1 en su formulación actual que se requerirá de los Estados promulgantes que apliquen la Ley Modelo directamente a la conciliación comercial en el ámbito internacional, con independencia de cuál sea la ley aplicable al arbitraje a tenor del derecho internacional privado. Al ser el nuevo instrumento una ley modelo y no una convención, se incorporará en diversas versiones al derecho interno, lo que pudiera ser un semillero de conflictos de leyes. Sin embargo, la delegación de su país entiende que su artículo 1 no tiene por objeto reemplazar ni excluir la aplicación del derecho internacional privado en vigor. Si la Comisión comparte esta interpretación, ello debe reflejarse en el proyecto de guía.

31. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) señala que, con arreglo a la práctica anterior, toda decisión de la Comisión sobre la propuesta de Marruecos relativa al título del artículo 1 deberá ser formulada por un grupo de redacción integrado por delegados que trabajen en los seis idiomas de trabajo, con la asistencia de revisores profesionales. Con posterioridad se presentaría a la Comisión la fórmula así acuñada para su examen.

32. **El Presidente** señala que si la Comisión no aprueba una formulación definitiva para el nuevo título propuesto, la formulación del título de un artículo suele considerarse como una tarea de redacción que deberá encomendarse a un grupo de redacción. La secretaría ha tomado nota de la observación del representante del Japón, que se refiere en lo esencial al proyecto de guía.

33. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América), refiriéndose a la cuestión planteada por el representante del Japón, señala que su delegación no ve claro cuáles son las circunstancias en las que podría darse un conflicto de leyes. Presumiblemente, se trataría de un conflicto suscitado por la aplicabilidad de alguna ley del Estado del

foro. Si la cuestión se aborda en más detalle en el proyecto de guía, se deberá asignar tiempo suficiente a los expertos de la Comisión en cuestiones de derecho internacional privado para que realicen un examen minucioso.

34. El **Sr. Shimizu** (Japón) señala que es inevitable que se promulguen en los distintos países versiones algo distintas de la Ley Modelo, pero que el factor de conexión para su aplicación sería el de que las partes en un acuerdo de conciliación tuvieran sus establecimientos en distintos Estados. Ello podría dar lugar a confusión respecto de cuál de las versiones nacionales de la Ley Modelo sería aplicable en un caso determinado, incluso en el supuesto de que la ley del foro declare aplicable el régimen de la Ley Modelo.

35. **El Presidente** dice que lo señalado por el orador anterior subraya la importancia de que se incorpore el régimen de la Ley Modelo sin modificaciones.

36. El **Sr. Meena** (India) señala que la ley sobre arbitraje y conciliación de la India está basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, y que tiene una sección aparte relativa a la conciliación. En dicha ley no se hace distinción alguna entre una conciliación y otra, por razón del ámbito, nacional o internacional, de la disputa que haya de resolverse. Por su parte, el Grupo de Trabajo aconsejó a los Estados que mantuvieran dos regímenes relativos a la solución de controversias, a fin de evitar toda injerencia innecesaria en su normativa de ámbito interno. Sin embargo, la delegación de su país duda de que este enfoque resulte práctico.

37. **El Presidente** dice que, si bien el Grupo de Trabajo había examinado a fondo la cuestión, no se llegó a ningún acuerdo. Algunos participantes estimaron que la futura Ley Modelo debía aplicarse únicamente a la conciliación internacional, mientras que otros estimaron que debía aplicarse por igual a la conciliación interna y a la internacional. A fin de evitar supuestos a los que fueran aplicables dos regímenes legales, se ofreció a los Estados, en la nota de pie de página 1, la posibilidad de modificar ciertas disposiciones de la nueva ley para hacerla aplicable a ambos tipos de conciliación. En un caso análogo, México, al promulgar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, modificó algunas de sus disposiciones a fin de que su régimen se aplicara al arbitraje nacional e internacional.

38. Entiende que la Comisión desea aprobar provisionalmente el proyecto de párrafo 1 y aplazar la aprobación de la nota de pie de página 1 en espera de la publicación del documento pertinente.

39. *Así queda acordado*.

40. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América), refiriéndose al proyecto de párrafo 2, señala que cabría prever en el proyecto de guía la inserción de una disposición por la que se facultara a los tribunales, al interpretar dicho párrafo, para tener en cuenta la conducta de aquellas partes que obren en el entendimiento o en la expectativa de que toda disputa eventual entre ellas daría lugar a una tentativa de conciliación.

41. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de párrafo 2.*

42. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) señala que a su juicio en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 3 del proyecto de artículo 1 se da un ejemplo general de conciliación internacional, del que el inciso i) da sólo un ejemplo particular. Procedería, por ello, invertir el orden de los incisos i) y ii), a fin de que el principio general vaya seguido por una formulación concreta de dicho principio.

43. **El Presidente** sugiere que la cuestión se remita al comité de redacción.

44. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que la delegación de su país es reacia a apoyar la propuesta del observador de Suiza, pues considera que los incisos i) y ii) del subpárrafo 3 b) se refieren a cuestiones diferentes. Insta a la Comisión a que recuerde que el objetivo principal de dicho subpárrafo no es resolver un conflicto de leyes, sino meramente enunciar los factores que daban a ciertos supuestos de conciliación su carácter internacional. El inciso i) es la forma más sencilla y objetiva de resumir dicho carácter internacional. El inciso ii) es un texto más complejo, y quizás más discutible, ya que utiliza un lenguaje más propio de una regla para la resolución de un

conflicto de leyes. Por ello, la delegación de su país es partidaria de que se mantenga el orden actual de los incisos i) y ii).

45. El **Sr. Morán Bovio** (España) señala que la delegación de su país se mostró inicialmente partidaria de la opinión del observador de Suiza, pero luego consideró convincente el razonamiento de la delegación de Francia. Considera que los dos incisos regulan adecuadamente la cuestión del carácter internacional, y apoya plenamente la sugerencia del Presidente de que se remita la cuestión al comité de redacción, a fin de determinar el orden en que deben figurar, en particular porque la delegación de Francia demostró que el asunto era acaso menos sencillo de lo que parecía inicialmente.

46. **El Presidente** señala que en verdad, lo que parece una propuesta sencilla de pura forma puede convertirse a veces en un problema de interpretación más complejo. Tal vez se requiera más estudio y orientación.

47. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) concuerda con la delegación de Francia en el sentido de que no se debe invertir el orden de los incisos i) y ii) del apartado b) del párrafo 3. Ello habría resultado lógico si la cuestión principal hubiera sido un conflicto de leyes, pero no es el caso. Estas disposiciones se examinaron a fondo en el Grupo de Trabajo, por lo que no procede introducir modificaciones que estén motivadas más por cuestión de gusto que por razones imperativas.

48. **El Presidente** desea aclarar su visión del punto donde se encuentran las deliberaciones: el Grupo de Trabajo ha examinado a fondo ésta y otras cuestiones para presentar el proyecto de ley modelo a la Comisión. Aunque el texto actual no sea definitivo, concuerda con el observador de Finlandia en que todo nuevo cambio del proyecto debe fundarse más en razones imperativas que en meras sugerencias. Las reglas deben quedar formuladas en términos claros, por lo que exhorta a quienquiera que abrigue dudas respecto de este método de trabajo a que plantee sus dudas ante los demás.

49. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) acoge con beneplácito y comparte la visión del Presidente respecto del estado actual de las reglas. El penetrante análisis de la delegación de Francia le insta categóricamente a proponer que se mantenga en su formulación actual la redacción del párrafo 3 del proyecto de artículo 1. Además, las cuestiones figuraban en el presente proyecto de ley modelo en el mismo orden que en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Dicho orden fue producto de largos debates, y considera sumamente provechoso que se mantenga dicha coherencia en la práctica de la CNUDMI. Es partidario de que el texto se mantenga como está, pero caso de que se remita al comité de redacción, pide que éste tome en cuenta sus observaciones.

50. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de párrafo 3.*

51. **El Presidente** pregunta si hay alguna observación respecto del proyecto de párrafo 4, que reproduce una disposición ya existente en otros instrumentos de la CNUDMI, como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

52. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de párrafo 4.*

53. **El Presidente** pregunta si hay observaciones sobre el proyecto de párrafo 5, que otorga a las partes la facultad de remitir contractualmente a la vía de conciliación de la Ley Modelo incluso cuando la controversia no corresponda al ámbito de aplicación de la Ley Modelo ni sea de carácter internacional.

54. El **Sr. Jacquet** (Francia) señala que la redacción del párrafo 5 se ha discutido *in extenso*, y su observación no se refiere al fondo sino a la forma. Considera que la formulación actual corresponde a la de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que permite que los casos de arbitraje se consideren voluntariamente de carácter internacional. La presente versión de la Ley Modelo plantea cuestiones únicamente de redacción, aunque en la etapa actual del debate dichas cuestiones sean importantes. Habida cuenta de que el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 ya permite que todo Estado promulgue la Ley Modelo para hacerla aplicable a la conciliación de controversias nacionales e internacionales, pregunta si es conveniente conservar el párrafo 5 del proyecto de artículo 1, que no aportaría nada a las partes en dichas controversias.

55. El **Sr. Sorieul** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) señala que no hay que adelantarse al debate por la Comisión de la nota de pie de página 1 del párrafo 1 del proyecto de artículo 1. En el documento A/CN.9/XXXV/CRP.3, que todavía no se ha distribuido, se explicará que una de las consecuencias de extender el alcance de la Ley Modelo a la conciliación interna entrañaría un cambio en la formulación del párrafo 5. Según recuerda, dicho cambio vendría a decir que la Ley Modelo será aplicable a la conciliación comercial, siempre que las partes convengan en que así sea.

56. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de párrafo 5.*

57. **El Presidente** pregunta si hay observaciones respecto del párrafo 6 del proyecto de artículo 1 que, al revés del párrafo 5, permite que las partes en un contrato excluyan dicho contrato del régimen de la Ley Modelo.

58. El **Sr. Milassin** (Hungría) señala que la delegación de su país presentó por escrito sus observaciones relativas al párrafo 6, que no considera útil repetir. No ve inconveniente en aceptar el párrafo 6 en su forma actual, pero señala que caso de no hacerse algún cambio en su texto deberá llegarse a un acuerdo respecto de si las partes podrán excluir total o parcialmente la Ley Modelo. Su delegación es partidaria de que dicha exclusión sea parcial.

59. El **Sr. Shimizu** (Japón) dice que la delegación de su país considera difícil dar sentido al párrafo 6, habida cuenta de que el proyecto de artículo 3, en el que se afirma el principio de la autonomía contractual de las partes, parece hacer superfluo el párrafo 6. Además, en el proyecto de artículo 3 se enumeran algunas disposiciones a las que, al parecer, las partes no podrían sustraerse, limitándose así la autonomía contractual de las partes, mientras que en el párrafo 6 no se prevé ninguna de esas restricciones. Tal vez lo mejor sería suprimir el párrafo 6 del proyecto de artículo 1, ya que enuncia una regla que no tiene equivalente en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, por lo que su supresión no supondría ninguna falta de coherencia.

60. **El Presidente** recuerda que, según el debate del Grupo de Trabajo, el párrafo 6 existe para resolver la importante cuestión del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, al brindar la oportunidad de sustraerse a su aplicación. Sin embargo, de declararse aplicable la Ley Modelo, entraría en juego el proyecto de artículo 3, así como su restricción de ciertas exclusiones. Ello reflejaba la voluntad del Grupo de Trabajo de asegurar que, una vez que las partes declaren aplicable, incluso parcialmente, la Ley Modelo, se conserve la uniformidad de su interpretación (proyecto de artículo 2) velándose por que se otorgue a las partes un trato equitativo durante el procedimiento de conciliación (proyecto de artículo 7, párr. 3).

61. La **Sra. Beleva** (observadora de Bulgaria) señala que, como el representante del Japón, se ha preguntado sobre la razón de ser del párrafo 6, dado que el fundamento de la conciliación es la autonomía contractual y la libertad de decisión. Sin embargo, a la luz de la explicación del Presidente, considera que se debe conservar dicho párrafo.

62. El **Sr. Barsy** (Sudán) considera que el párrafo 6 es demasiado importante para ser eliminado; sin embargo, tal vez la Comisión desee aplazar esta decisión hasta que haya concluido sus debates y tenga una visión más amplia al respecto.

63. **El Presidente** tomará nota de la propuesta del Sudán, pero, a falta de otras propuestas, entiende que la Comisión apoya el texto redactado por el Grupo de Trabajo.

64. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de párrafo 6.*

65. **El Presidente** invita a la Comisión a que examine el párrafo 7 del artículo 1.

66. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de párrafo 7.*

67. **El Presidente** invita a la Comisión a que estudie el párrafo 8, incluidos su apartado a) y el apartado b), que permitiría efectuar algunas exclusiones a todo Estado que decida incorporar el nuevo régimen a su derecho interno.

68. El **Sr. Shimizu** (Japón) pregunta si cabría entender el apartado a) en sentido lato a fin de incluir ciertas actuaciones adjuntas al procedimiento judicial, que permiten llegar a una conciliación en el Japón.

69. **El Presidente** señala que ello sería posible con arreglo al párrafo 7, pero no con arreglo al párrafo 8, referido a casos en los que el propio juez o árbitro dirige las actuaciones de conciliación.

70. El **Sr. Graham** (México) señala que el objetivo del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno no es inhibir ni prohibir la participación de un juez o árbitro en la conciliación, sino dejar en claro que la actuación del juez o del arbitro se regiría por la norma que le fura aplicable antes que por la Ley Modelo.

71. El **Sr. Tang** Houzhi (China) señala que, pese a que en el Grupo de Trabajo China se declaró partidaria de suprimir el párrafo 7, por entender que impedía la participación judicial o arbitral en el arreglo de controversias, había advertido con posterioridad que, por el contrario, fomentaba dicha participación. Por ello, la delegación de su país considera que se debe conservar el párrafo.

72. El **Sr. Shimizu** (Japón) se pregunta por la razón de ser del párrafo y por los motivos concretos que hacen que la Ley Modelo no sea aplicable en tales casos.

73. **El Presidente** señala que, como indicó el representante de México, toda actuación que sea ajena al cometido de un juez o de un árbitro vendrá determinada por el derecho procesal civil de cada país. En algunos lugares resulta del todo aceptable que un juez o árbitro actúe como conciliador, mientras que en otros no es así. La Ley Modelo se abstiene expresamente de pronunciarse sobre la legalidad o la conveniencia de dicha práctica procesal.

74. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) concuerda plenamente con el Presidente respecto de la naturaleza y el objetivo del párrafo. Incluso en el caso de que no se hubiera incluido, el contenido de este párrafo estaría implícito en la nueva ley modelo. Se da por sentado que un juez o un árbitro deberá atenerse a lo alegado en los escritos de demanda o de reconvención, pero el grado de su participación será muy distinto de un ordenamiento a otro. En aras de la claridad, debe retenerse el párrafo 8.

75. El **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) define la cuestión como “pedagógica”. En varios países de América Latina, incluido el suyo, la vía arbitral o la mediación se consideran como etapa previa a la apertura de la conciliación. Se trata de una de las muchas variaciones que pueden presentarse en distintos ordenamientos jurídicos.

76. El **Sr. Jacquet** (Francia) concuerda plenamente con la interpretación del Presidente y del observador del Ecuador, pero señala que la Ley Modelo puede aplicarse a petición de ambas partes en un procedimiento arbitral (pero no judicial), lo que constituiría una excepción con arreglo a las disposiciones del párrafo 5 del artículo 1.

77. **El Presidente** dice que la observación del representante de Francia se tendrá en cuenta en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno.

78. El **Sr. Tang** Houzhi (China) señala que debe conservarse el párrafo en su formulación actual, ya que no impide que el juez o el árbitro que entienda de la causa intente facilitar un arreglo. De entablarse así la conciliación, la Ley Modelo simplemente no sería aplicable. Su interpretación del párrafo es ligeramente distinta de la del Presidente y de la del representante de Francia; considera que el párrafo se relaciona estrechamente con el artículo 16, y abundará sobre la cuestión en el momento oportuna.

79. **El Presidente** señala que el párrafo 130 del documento A/CN.9/506 contiene el texto del artículo 16, que el Grupo de Trabajo decidió suprimir. Tal vez el representante de China desee proponer que se restablezca antes de que la Comisión pase a examinar el proyecto de artículo 15.

80. El **Sr. Meena** (India) dice que la delegación de su país no tiene inconveniente en que se conserve el párrafo 8, a cuyo tenor la tentativa de un árbitro de facilitar una solución no constituye un acto de conciliación. Las partes gozan de autonomía para llegar a un arreglo conciliatorio en cualquier momento del curso de las

actuaciones arbitrales o judiciales. No se debe impedir que un árbitro o un juez actúe como facilitador, si las partes optan por la vía conciliatoria, pese a estar ya abierta la judicial.

81. El **Sr. Joko Smart** (Sierra Leona) señala que si un juez actúa como conciliador durante una actuación judicial a fin de facilitar un arreglo, el reconocimiento de las partes de que ha sido erróneo acudir ante el tribunal podrá incorporarse al fallo, sin que sea aplicable la Ley Modelo, de conformidad con la frase final del párrafo 2 del artículo 1. Como en el párrafo 8 se aclara y refuerza este punto, sería útil conservarlo.

82. El **Sr. Barsy** (Sudán) dice que la delegación de su país es partidaria de conservar el párrafo, en particular con respecto al fallo judicial. Toda tentativa judicial de conciliar a las partes estará basada en el derecho procesal civil interno, que prevé por lo general la vía de conciliación. Si el juez consigue que se llegue a un arreglo conciliatorio, podría incorporarlo a su fallo y no habría problema alguno en ejecutarlo.

83. **El Presidente** señala que si bien algunas delegaciones parecen interpretar que el apartado a) da cabida a la actuación del juez como conciliador en actuaciones judiciales, ello no constituye ni el sentido del apartado ni la intención del Grupo de Trabajo. El párrafo 8 se limita a señalar que la Ley Modelo no será aplicable en ciertas situaciones, lo que deja a los Estados la facultad de interpretarla en el contexto de su derecho interno.

84. *Queda provisionalmente aprobado el apartado a) del párrafo 8.*

85. **El Presidente** señala que no se ha hecho alusión alguna al apartado b) del párrafo 8, que podría ser pertinente en cuestiones de derecho laboral o sujetas a reglamentación interna, como las finanzas, los seguros o las operaciones en el mercado bursátil.

86. El **Sr. Rendón** (México) señala que la decisión adoptada en el período de sesiones anterior, en el sentido de aludir a un *panel de conciliadores* en la versión española, se refleja en el proyecto de artículo 5 pero no en los proyectos de artículo 1, 7, 8, 9 y 12. Espera que el grupo de redacción haga las correcciones necesarias.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

Acta resumida de la 740ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el lunes 17 de junio de 2002 a las 15.00 horas (A/CN.9/SR.740)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (*continuación*)	1 - 40	1271

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), ocupa la Presidencia el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario.

Se declara abierta la sesión a las 15.10 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (*continuación*)

1. **El Presidente** invita al Comité a reanudar el examen del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en la versión recogida en el anexo del informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 35° período de sesiones, (A/CN.9/506).

Proyecto de artículo 2. Interpretación

2. **El Presidente** observa que el texto del proyecto de artículo 2, relativo a la interpretación, se ha inspirado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y que en otras leyes modelo de la CNUDMI figuran palabras similares.

3. **El Sr. Graham** (México) dice que su delegación desea recalcar la importancia de que se apruebe en su redacción actual el texto del proyecto de artículo a fin de asegurar la uniformidad de la interpretación de la Ley Modelo en distintos países.

4. **El Sr. Morán Bovio** (España) dice que coincide con México en que el proyecto de artículo recoge un principio importantísimo acorde con el resto de la labor de la Comisión.

5. Queda aprobado provisionalmente el proyecto de artículo 2.

Proyecto de artículo 3. Modificación mediante acuerdo

6. **El Sr. Inoue** (Japón) dice que su delegación desea que se apruebe en su forma actual el artículo 3 relativo a la modificación mediante acuerdo y que no puede estar de acuerdo con la propuesta formulada por Francia (A/CN.9/513) de incluir una mención del proyecto de artículo 15, “ejecutoriedad del acuerdo de transacción”, entre las disposiciones de la Ley Modelo que las partes no pueden modificar mediante acuerdo. Como el arbitraje

depende enormemente del principio de la autonomía de las partes, no se debe privar a éstas de la libertad de atribuir a su transacción efectos menores que los de un contrato o un laudo arbitral.

7. **El Sr. Jacquet** (Francia), refiriéndose a las observaciones formuladas por escrito por Francia a propósito de los artículos 3 y 15 (A/CN.9/513), dice que su delegación no ve qué interés pueda tener autorizar a las partes a determinar el grado de ejecutoriedad de su acuerdo de transacción, sobre todo habida cuenta de que ello iría en la mayoría de los países en contra de la tendencia de sus respectivas legislaciones nacionales. Así pues, conviene mencionar el artículo 15, sea cual fuere su forma definitiva entre las disposiciones de las que no pueden prescindir las partes.

8. **El Presidente** propone a las delegaciones que han formulado las observaciones recogidas en los documentos A/CN.9/513 y Add.1 y 2 que repitan oralmente sus argumentos si desean que se examinen en el debate actual.

9. **El Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que entiende la posición de Francia, dado que en la ejecutoriedad intervienen forzosamente los mecanismos del Estado. Las partes no pueden convenir en un grado mayor de ejecutoriedad de su transacción que el permitido por las leyes del Estado. Ahora bien, cabe que las partes deseen convenir en un grado menor de ejecutoriedad, o incluso en su inexistencia. Por consiguiente, su delegación no cree que se deba mencionar el artículo 15 en el proyecto de artículo 3 como excepción obligatoria a la modificación mediante acuerdo. En lugar de ello, en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo se podría explicar que las partes no puedan convenir en un nivel de ejecutoriedad superior al previsto por el artículo 15 y por la legislación nacional, aunque sí un nivel inferior.

10. **El Presidente** dice que, aunque no desea cortar el debate, le parece que sería mejor analizar la propuesta de Francia una vez que se haya decidido el contenido del proyecto de artículo 15.

11. **El Sr. Tang** Houzhi (China) dice que, a falta de una disposición decisiva sobre la ejecutoriedad, la Ley Modelo perdería gran parte de su importancia. No se debe dejar a las partes que convengan en disminuir o excluir la ejecutoriedad de su acuerdo de transacción.

12. **El Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que su delegación comparte la opinión del Japón de que la autonomía de las partes constituye el núcleo de la Ley Modelo. Como ha dicho el Observador de Suiza, resulta difícil ver por qué las partes no podrían determinar una ejecutoriedad que no fuese plena. Su delegación está a favor de que se omita la mención del proyecto de artículo 15 en el proyecto de artículo 3, pero conviene con el Presidente en que sería mejor concluir primero el proyecto de artículo 15, y asimismo el párrafo 3 del artículo 7, antes de adoptar una decisión definitiva acerca de qué artículos mencionar en el proyecto de artículo 3.

Proyecto de artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación

Proyecto de artículo 5. Número de conciliadores

13. **El Sr. Tang** Houzhi (China) dice que su delegación no tiene ninguna objeción que oponer a la redacción del proyecto de artículo 4 relativo al inicio del procedimiento de conciliación, pero que tiene la firme convicción de que la nota a pie de página 3 del proyecto de artículo, que contiene el denominado “artículo X”, relativo a la suspensión del plazo de prescripción, debería estar incluida en el cuerpo del proyecto de artículo. Si no se suspendiera el plazo de prescripción durante el procedimiento de conciliación, las partes podían mostrarse mucho más renuentes a recurrir a la conciliación.

14. **El Presidente** dice que la decisión de situar ese componente en nota a pie de página había sido uno de los compromisos a los que más había costado llegar al Grupo de Trabajo.

15. **El Sr. Inoue** (Japón) dice que no está clara la redacción del párrafo 1 del proyecto de artículo 4, conforme a la cual “el procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las

partes acuerden iniciar ese procedimiento", porque, en principio, las partes podían convenir en una conciliación incluso antes de que surgiese una determinada controversia. Habría, pues, que distinguir entre ambos casos.

16. En cuanto al proyecto de nota a pie de página 3, en cuya versión original en inglés se indica que se propone el texto del artículo X a los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a la suspensión del plazo de prescripción, la palabra "propone" es demasiado fuerte y debería hallarse otra más neutra.

17. **El Presidente** explica que, por lo que se refería al proyecto de artículo 4, el Grupo de Trabajo se había ocupado de un acuerdo de iniciar un procedimiento de conciliación una vez que hubiese surgido una controversia, no de un acuerdo general de conciliación, que hubiese podido haberse iniciado antes de una controversia.

18. **El Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) dice que su delegación no desea volver a plantear todo el debate, sino sencillamente recordar que el Ecuador, en sus observaciones escritas (A/CN.9/513), había propuesto la inclusión del proyecto de artículo X en el cuerpo general de la Ley Modelo, en lugar de como cláusula optativa. En el propio Ecuador, la opción probablemente sería adoptada como norma. Lo que le preocupaba era que, en algunos países, si no se establecía ninguna disposición concreta relativa a la suspensión del plazo de prescripción, el inicio de la conciliación pudiese interrumpir el período de prescripción, que, en caso de que la conciliación no diese resultado, volvería a correr desde el primer día.

19. **El Sr. Jacquet** (Francia) dice que a su delegación le plantea problemas el párrafo 2 del artículo 4, según el cual una parte puede suponer que su invitación a entablar un procedimiento de conciliación ha sido rechazada si no recibe respuesta en un plazo de 30 días. Si las partes no tuviesen un acuerdo previo de conciliación, y una invitase a la otra a entablar un procedimiento de conciliación una vez surgida una controversia, la cláusula no plantearía problemas. Ahora bien, si, en cambio, las partes tuviesen, por ejemplo, una cláusula de conciliación en su contrato y una invitase a la otra a entablar un procedimiento de conciliación, la segunda tendría que aceptarlo o quebrantaría el contrato. Lo que le preocupa es que se pueda interpretar el párrafo en el sentido de que facilita a esa parte una laguna para hurtarse a su obligación contractual. Por consiguiente, propone que se haga preceder la frase de las palabras siguientes: "En caso de que las partes no hubiesen concluido un acuerdo de conciliación, ...".

20. **El Presidente** dice que, según lo entendió el Grupo de Trabajo, lo dispuesto en el párrafo 2 se aplicaría tanto si hubiese un acuerdo previo de conciliación como si no lo hubiese. En cualquier caso, al cabo de 30 días la primera parte podría considerar rechazada la invitación a entablar un procedimiento de conciliación. Lo único que diferiría serían las consecuencias de ese rechazo, que quedan fuera del alcance de la Ley Modelo.

21. **El Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que el proyecto de párrafo 2 del artículo 4 pone en cuestión la obligación de una parte que hubiera declarado su conformidad en entablar un procedimiento de conciliación y luego no lo hubiese hecho. Debe reconocerse que, incluso si una parte conviene en entablar un procedimiento de conciliación, todo intento de aplicar el acuerdo estaría sujeto a lo dispuesto en el proyecto de apartado d) del artículo 12, que permite a la otra parte poner fin sin más requisitos al procedimiento recurriendo al concepto de voluntariedad que constituye el núcleo mismo de la conciliación. El proyecto de párrafo 2 del artículo 4 refleja ese hecho. Además, no condice con la práctica vigente, porque, según el artículo 2 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, la conciliación comienza cuando una parte invita y la otra acepta la invitación. Por consiguiente, su delegación no tiene ninguna objeción que oponer al párrafo 2.

22. Refiriéndose a la declaración del representante del Japón, dice que el proyecto de párrafo 1 del artículo 4, si se lee literalmente, podría entenderse en el sentido de que la conciliación comenzaría la fecha del contrato original, por mucho tiempo que hubiese transcurrido desde entonces, si el contrato contuviese una cláusula relativa a la conciliación. Ahora bien, conforme a una lectura de sentido común de ese párrafo y a su propia interpretación, a lo que se refiere es a la fecha en que hubiere surgido la controversia y las partes hubieren convenido en iniciar un procedimiento de conciliación. Por consiguiente, está de acuerdo con el Secretario en que es menester redactar de nuevo el párrafo 1 del artículo 4.

23. En cuanto al proyecto de artículo X adicional, no tiene ninguna objeción a que se incluya una disposición que autorice a los Estados a optar por dejar en suspenso el período de prescripción, pero la adición parece

hallarse en un lugar que no le corresponde. La disposición conlleva ciertos riesgos, de los que los Estados deben tener plena conciencia. Como, por definición, la conciliación es informal y flexible, resulta difícil definir cuál debe ser el procedimiento de conciliación y cuándo se inicia y concluye.

24. El Grupo de Trabajo había adoptado correctamente el planteamiento de que la conciliación puede buscarse de distintas maneras. Un Estado que adopte una disposición conforme al proyecto de artículo X debe tener conciencia de la necesidad de precisar el inicio y el final del procedimiento de conciliación, porque si surgiese una controversia hacia el final del período de prescripción, la decisión acerca de si la conciliación había comenzado o concluido podría determinar el resultado de la controversia, al mantener una parte que la reclamación permanece viva y la otra que había concluido. La incertidumbre resultante daría lugar a litigios, los cuales menoscabarían, a su vez, la reputación del procedimiento de conciliación.

25. Las propias partes no tendrán necesidad del proyecto de artículo X: una parte consciente de que está a punto de expirar el período de prescripción tendrá libertad de iniciar un procedimiento de arbitraje, o actuaciones ante un tribunal nacional, para proteger sus derechos. Ahora bien, se debe advertir a los Estados de las consecuencias prácticas de la adopción de la disposición, en caso de que no figure en sus legislaciones. El orador dice, pues, que lo mejor para ello sería trasladar el proyecto de artículo X a la Guía.

26. **El Presidente** dice que la decisión de colocar el proyecto de artículo X como nota a pie de página había sido una solución de compromiso concebida por el Grupo de Trabajo; algunas delegaciones habían mostrado gran interés en incluirlo en el cuerpo del texto.

27. **El Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que está de acuerdo con el representante de los Estados Unidos acerca de la necesidad de claridad al definir el inicio del procedimiento de conciliación. No se trata únicamente de determinar cuándo se inicia una suspensión del período de prescripción, sino también la admisibilidad de las pruebas. El proyecto de apartado c) del párrafo 1 del artículo 11 remite a las declaraciones o admisiones de una parte “en el curso del procedimiento conciliatorio”, lo que considera que constituye una referencia al proyecto de párrafo 1 del artículo 4. Es menester aclarar ambas disposiciones. Le preocupa también saber cuándo cabría decir que las partes “convienen” en entablar el procedimiento de conciliación, conforme al proyecto de párrafo 1 del artículo 4. En la práctica del Reino Unido, sería difícil determinar una fecha, porque el acuerdo inicial sería informal y una mera cuestión de principio, concretándose más adelante los detalles. ¿Tomaría forma el acuerdo en la fase inicial, o bien cuando se decidiesen los detalles?

28. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que las versiones anteriores del proyecto de párrafo 1 del artículo 4 contenían más pormenores acerca del momento del acuerdo. Ahora bien, el Grupo de Trabajo había decidido que era prudente no intentar elaborar una definición. No se podría alcanzar una norma unificada sobre el momento del acuerdo, a causa de la variedad de soluciones existentes en las legislaciones nacionales en cuestiones de contratos. Por ese mismo motivo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no contiene semejante definición.

29. En cuanto al proyecto de párrafo 2 del artículo 4, propone que se incorpore en la Guía un texto que aclare el tipo de situación que podría darse de existir un acuerdo de conciliación previo y una de las partes no respondiese a una invitación a entablar un procedimiento de conciliación. El proyecto de párrafo 2 del artículo 4 dice que se puede considerar el silencio como rechazo de la invitación, pero no determina las consecuencias del rechazo. Dependiendo de la legislación nacional aplicable y de la índole del acuerdo de conciliación, podría comprender la pérdida del fondo de comercio y la imputación de responsabilidad por daños y perjuicios o incluso las costas procesales, si el resultado fuese un litigio. En el texto del artículo se podría mencionar incluso las consecuencias de un rechazo.

30. **El Sr. Möller** (observador de Finlandia) piensa que no sería apropiado definir con exactitud en el proyecto de párrafo 1 de artículo 4 cuando se llega a un acuerdo de entablar un procedimiento de conciliación. Puede aceptar ambos párrafos del proyecto de artículo 4 tal como están; no es necesario añadir en el párrafo 2 las palabras propuestas por la delegación de Francia, a condición de que se aclare suficientemente la posición en la

Guía. En cuanto al proyecto de artículo X, no está a favor de que se lo sitúe en el cuerpo del texto, pues la introducción de disposiciones complejas para dejar en suspenso el período de prescripción haría que la Ley Modelo fuese menos atractiva para los gobiernos.

31. **El Sr. Inoue** (Japón) dice que el proyecto de artículo 4 se refiere únicamente al momento en el que se inicia el procedimiento de conciliación. Como su inicio tiene consecuencias jurídicas, también es necesario que exista un procedimiento para su conclusión, tal como se prevé en el proyecto de artículo 12. Le ha interesado la propuesta de la delegación de Francia de que se establezca una diferencia entre los contratos que contienen una cláusula de conciliación y los que no la contienen. Se podría definir el comienzo del procedimiento de conciliación como el momento en que una parte invita a la otra a entablar un procedimiento de conciliación, basándose en un acuerdo previo. La otra parte debería más adelante acogerse al proyecto de artículo 12 para dar por finalizado el procedimiento.

32. **El Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que si el párrafo 1 es ambiguo, deberá ser revisado por el equipo de redacción. Él lo interpreta en el sentido de que se refiere a los acuerdos concluidos en el contexto de controversias determinadas, no a los incorporados en un contrato anterior. Las disposiciones para concluir el procedimiento figuran en el proyecto de artículo 12. Si no se contemplan otras circunstancias que las recogidas en el proyecto de artículo 12, quizá pudieran ser abarcadas en el proyecto de artículo 10.

33. Resulta difícil definir la duración del procedimiento de conciliación sin ser excesivamente prescriptivos. La perspectiva de litigios en los que estén en entredicho la propia duración del período de prescripción no hará más atractiva la Ley Modelo para los Estados. El orador concluye diciendo que no está a favor de incluir el proyecto de artículo X en el cuerpo del texto.

34. **La Sra. Manglayankul** (Tailandia), a propósito del proyecto de artículo X, dice que está de acuerdo con el representante de los Estados Unidos. El atractivo de la conciliación radica en su flexibilidad y en el hecho de que sea voluntaria. Así pues, incluir una disposición, el proyecto de artículo X en el texto de la Ley Modelo daría al procedimiento un carácter algo obligatorio y suscitaría otros problemas a ordenamientos jurídicos como el de su país, en los que el período de prescripción ya está definido en la legislación civil y mercantil. También influiría en las relaciones contractuales. Si una mayoría de los miembros de la Comisión desease incluir el proyecto de artículo X, ella preferiría colocarlo en la Guía, en lugar de como nota a pie de página. Si así se hiciese, no tendría ninguna objeción que oponer a ninguno de los párrafos del proyecto de artículo 4.

35. **El Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) dice que su país está deseoso de que se complete lo antes posible el proyecto de ley modelo. La explicación dada por el Presidente en funciones deja claro que la colocación del proyecto de artículo X había sido una solución de compromiso. Sea como fuere, la esencia del proyecto de ley modelo es que la conciliación es voluntaria; por lo tanto, sería adecuado que figurase en él una disposición optativa para dejar en suspenso el período de prescripción, no incluida en el cuerpo del texto. Con ello, podría desde luego correrse peligro de que las partes la explotaran buscando prolongar el procedimiento, o aceptando una oferta de conciliación, pero no actuando luego. Ahora bien, asimismo arriesgado sería que no hubiese ninguna disposición similar al proyecto de artículo X.

Se suspende la sesión a las 16.35 horas y se reanuda a las 17.15 horas.

36. **El Presidente** dice que, después de consultar con varias delegaciones, se ha llegado a un consenso consistente en conservar la propuesta del Grupo de Trabajo de incluir el proyecto de artículo X en nota a pie de página como opción que se propone, y de facilitar orientación a los Estados para que adopten la decisión que consideren conveniente en la sección correspondiente de la Guía para la Incorporación. Cualesquiera otras dudas que pudieren quedar a propósito de la interpretación del proyecto de artículo 4 también deberían aclararse en la Guía.

37. **El Sr. Tang** Houzhi (China) dice que, aunque su delegación puede aceptar la formulación actual del proyecto de artículo 4, la Ley Modelo habría sido más atractiva para los Estados si se hubiese incluido en el texto principal el proyecto de artículo X. Hay motivos objetivos para su inclusión, que no tienen nada que ver con su

compatibilidad con la legislación china. La finalidad de determinar el inicio y la conclusión del procedimiento de conciliación (los proyectos de artículos 4 y 12, respectivamente), es indicar claramente el fundamento de la suspensión del período de prescripción. Si no se incluye el proyecto de artículo X, no queda clara la finalidad de lo dispuesto en los proyectos de artículos 4 y 12.

38. **El Presidente** explica que proseguirán los debates en el grupo de redacción con objeto de mejorar la nota de la Guía relativa a las ventajas e inconvenientes de que se apruebe el proyecto de artículo X.

39. Quedan aprobados provisionalmente los proyectos de artículos 4 y 5.

Proyecto de artículo 6. Designación de los conciliadores

40. **El Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que en la redacción del párrafo 2 del artículo 6 se da por supuesto que sólo hay dos partes en la controversia, lo cual impediría que se aplicase a las controversias en que estuviesen involucradas varias partes. El grupo de redacción deberá estudiar la manera de resolver el problema.

41. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que, como el mismo problema se plantea en otros párrafos, la cuestión a que se ha referido el representante del Reino Unido parece ser algo más que un mero problema de redacción. Hará falta una solución global, consistente, ora en incluir una disposición general relativa a las controversias en que se ven involucradas más de dos partes, ora en redactar de nuevo cada uno de los artículos en que se plantea el problema.

42. **El Sr. Morán Bovio** (España) dice que las situaciones en que hay más de dos partes en una controversia son muy habituales, por ejemplo cuando se plantean entre más de un proveedor del mismo producto y un fabricante a propósito del precio de mercancías o del orden de la entrega. Propone que se inserte al final del texto principal una disposición general, que diga más o menos: “Cada vez que el texto se refiere a dos partes, se podrá aplicar por igual a varias partes”. Con esta modificación, no será necesario efectuar grandes cambios en el texto.

43. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que el proyecto de artículo 6 no se refiere al número de partes, sino al número de conciliadores. Los párrafos 1, 2 y 3 deberán ser considerados neutros por lo que se refiere a si la controversia involucra a dos o a varias partes. El grupo de redacción deberá hallar la manera de expresar la idea de que el párrafo 2 por ejemplo, se refiere al nombramiento de dos conciliadores, ya sea por dos o por varias partes.

44. **El Sr. Zanker** (observador de Australia) está de acuerdo con que la cuestión planteada por el representante del Reino Unido es algo más que un problema de redacción. El proyecto de artículo 6 debe referirse a los derechos de las partes. Reconoce que el párrafo 1 es neutro, pero en los casos en que intervenga más de un conciliador, las disposiciones relativas a ellos deberán estar consagradas a lo que las partes desean, en lugar de al número de conciliadores. También deberá considerarse la conveniencia de establecer un límite máximo de tres conciliadores en los casos en que intervenga un grupo.

45. **El Sr. Tang** Houzhi (China) dice que su delegación no tiene ninguna objeción que formular respecto de los proyectos de artículos 5 y 6. No existe conflicto alguno entre las disposiciones del proyecto de artículo 5 y las del proyecto de párrafo 3 del artículo 6, conforme a las cuales cada parte nombrará un conciliador en los casos en que deba formarse un grupo. Ahora bien, si hubiese tres partes en una controversia, una de las cuales nombrase un conciliador y las otras dos uno solo por ambas, no se aplicarían las disposiciones del párrafo 3. Aunque su país carece de experiencia en casos similares en el terreno de la conciliación, hay casos de arbitraje en los que varias partes constituyen el demandante o el demandado. En tales circunstancias, el demandante y el demandado tienen derecho a nombrar, respectivamente, un único árbitro.

46. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que uno de los principios en que se basa el artículo 4 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI es que el nombramiento de los conciliadores depende enteramente de las partes en una controversia. Esa misma doctrina se recoge en el artículo 6 del proyecto de ley modelo. El

problema que presentan los párrafos 2 y 3 de ese artículo con respecto a los casos en que estén involucradas más de dos partes se podría resolver disponiendo que las partes “se comprometen a llegar a un acuerdo acerca del número de conciliadores y la manera de designarlos”.

47. **El Presidente** propone que se apruebe la solución sugerida por el Secretario de la Comisión. Si las partes no consiguieran ni siquiera ponerse de acuerdo acerca del número de conciliadores y la manera de designarlos, no podría haber en modo alguno conciliación.

48. **El Sr. Getty** (Estados Unidos de América) dice, a propósito del proyecto de párrafo 6 del artículo 6, que, aunque su delegación hubiese preferido que se hiciera referencia al “conflicto de intereses” no considera necesario modificar el texto actual. No obstante, sigue preocupado por que la aplicación de los remedios pudiera verse dificultada por las disposiciones del artículo. Si un conciliador no declarase un conflicto de intereses, debería autorizarse a que surtiera efecto el correspondiente acuerdo de transacción, salvo que existiera fraude patentemente intencional A veces, las partes eligen deliberadamente un conciliador que tiene conocimientos especializados concretos de una cuestión determinada, lo cual significa que puede no ser totalmente imparcial. La cuestión deberá ser explicada en la Guía para la Incorporación.

49. **El Presidente** expresa su preocupación ante la propuesta formulada por el representante de los Estados Unidos de América, que ya ha sido debatida en el Grupo de Trabajo. Ahora bien, en algunos ordenamientos jurídicos, no tendría peso suficiente una explicación en la Guía de que el no haber declarado un conflicto de intereses no entrañará por sí solo la anulación automática de las conclusiones de la conciliación. En México, por ejemplo, un juez podría, en tales circunstancias, decidir anular una transacción. Los miembros deberán reflexionar seriamente sobre la cuestión antes de la próxima sesión.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

Acta resumida de la 741ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el martes 18 de junio de 2002 a las 10.00 horas (A/CN.9/SR.741)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (*continuación*)	1 - 51	1278
Elección de la Mesa (*continuación*)	52-55	1284

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), ocupa la Presidencia el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario.

Se declara abierta la sesión a las 10.15 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional *(continuación)*

Proyecto de artículo 6. Designación de los conciliadores (continuación)

1. **El Presidente** invita al Secretario a que lea las revisiones que se han propuesto del artículo 6 que se había pedido al grupo de redacción que preparase para abarcar la posibilidad de una conciliación en la que interviniesen más de dos partes.

2. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que el grupo de redacción ha preparado, para que sean examinadas por la Comisión, dos formulaciones alternativas, cada una de las cuales tiene dos variantes.

3. La primera opción consiste en conservar el párrafo 1 original y sustituir los párrafos 2 y 3 por el texto siguiente:

> "En todo procedimiento conciliatorio en que hayan de intervenir dos o más conciliadores, las partes se esforzarán en llegar a un acuerdo, o bien acerca de la designación conjunta de los conciliadores, o bien acerca de [*primera variante*: el procedimiento de designación de conciliadores] / [*segunda variante*: la manera en que las partes designarán a los conciliadores]."

4. La segunda opción consiste en sustituir los tres párrafos por el siguiente:

> "Las partes se esforzarán en llegar a un acuerdo, o bien acerca de la designación conjunta del conciliador o los conciliadores: [*primera variante*: el procedimiento de designación del conciliador o los conciliadores] / [*segunda variante*: la manera en que las partes designarán al conciliador o los conciliadores]."

5. **El Sr. Morán Bovio** (España) apoya la primera alternativa y la primera variante, que parece corresponder a las preocupaciones planteadas por el representante del Reino Unido en la sesión anterior. A su juicio, la segunda variante es demasiado vaga.

6. **El Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) se suma al orador anterior para expresar su apoyo a la primera alternativa, que —en una primera lectura— parece autorizar una mayor flexibilidad. La referencia a "dos o más conciliadores" es particularmente oportuna, ya que demasiado a menudo se parte del supuesto de que siempre debe haber un número impar de conciliadores. Ahora bien, habría que suprimir la palabra "conjunta", ya que da la impresión de que es necesario un acuerdo mutuo para designar a cada conciliador. En lugar de ello, cada parte podría preferir designar su propio conciliador, con independencia de la aprobación de la otra parte. Su delegación no puede respaldar la segunda alternativa, ya que no contempla la posibilidad de que haya dos conciliadores, y porque el empleo del plural ("las partes") significa que es necesario un acuerdo mutuo.

7. **El Sr. Marsh** (Reino Unido), quien también expone su primera reacción a las revisiones propuestas, dice que la primera alternativa parece la más aceptable, pero que, a juicio de su delegación, habría que ajustar lo dicho en el nuevo párrafo 2 a lo que se dispone en el párrafo 1, a fin de referirse en cada caso al acuerdo acerca del nombre del conciliador o de los conciliadores, y no únicamente a su designación.

8. **El Sr. Tang** Houzhi (China) dice que también es más favorable a la primera alternativa y la primera variante. Ahora bien, del texto propuesto no se desprende claramente si siempre habrá un conciliador por cada parte, sea cual fuere el número de éstas. En el párrafo 5, habría que suprimir las palabras "o tercer conciliador", ya que no existe semejante concepto.

9. **El Sr. Markus** (Observador de Suiza) se adhiere plenamente a lo dicho por los representantes de España y los Estados Unidos de América. En el proyecto de Guía, se podría mencionar como método importante para resolver controversias el solidísimo procedimiento descrito en el actual párrafo 2.

10. **El Sr. Mirzaee-Yengejeh** (República Islámica del Irán) dice que su delegación también está a favor de la primera alternativa y la primera variante, que ofrece una mayor flexibilidad. Asimismo, apoya la supresión de la palabra "conjunta" y la revisión propuesta por el representante del Reino Unido.

11. **El Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) apoya firmemente la primera alternativa y la primera variante, que abarca muchas situaciones no contempladas en los textos anteriores. También está a favor de que se suprima la palabra "conjunta" y, además, dice que se debe explicitar que se puede constituir un acuerdo entre las partes mediante más de un documento, presentados simultánea o sucesivamente. También cabría considerar la supresión del párrafo 1.

12. **El Sr. Möller** (observador de Finlandia), quien acoge favorablemente la primera alternativa y la primera variante, dice que también puede apoyar plenamente la supresión de la palabra "conjunta" y la propuesta formulada por el Observador de Suiza. En cambio, no está convencido de la necesidad de ajustar lo dicho en el nuevo párrafo 2 a lo que se contempla en el párrafo 1, tal como ha propuesto el representante del Reino Unido. Debería dejarse esta cuestión a la discreción del grupo de redacción.

13. **El Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que la mejor manera de atender la preocupación manifestada por el representante del Reino Unido sería modificando el párrafo 1 —sustituyendo la palabra "nombre" por "procedimiento de designación"— y reformulando la primera alternativa propuesta, primera variante, del modo siguiente: "en los procedimientos conciliatorios, las partes se esforzarán en llegar a un acuerdo acerca del procedimiento de designación del conciliador o los conciliadores".

14. **El Sr. Meena** (India) dice que su delegación apoya la primera alternativa, primera variante, y la supresión de la palabra "conjunta".

15. **El Sr. Graham** (México) dice que su delegación también está dispuesta a apoyar la alternativa y la variante y que no formulará ninguna objeción a que se suprima la palabra "conjunta". Respalda plenamente la eliminación del párrafo 3, que se aplica más al arbitraje.

16. **El Sr. Jacquet** (Francia) dice que lo razonable sería, o bien conservar el párrafo 2, o bien modificarlo para que se aplicase a los casos en que hubiese dos o más conciliadores y más de dos partes involucradas en una controversia. El texto del párrafo 2 se aplica a una situación que ocurre frecuentemente y, por consiguiente, sería útil.

17. Francia apoya la propuesta del Secretario y está de acuerdo con los Estados Unidos en que se debe suprimir la palabra "conjunta" para evitar que la disposición sea excesivamente restrictiva. De ser necesario, se podría modificar ligeramente el texto a fin de que comprendiera casos en los que las propias partes designaran a los conciliadores, o en que hubiese que designar un tercer conciliador. El texto actual da la impresión de que hay dos situaciones mutuamente excluyentes: que o bien las partes llegan a un acuerdo acerca de la designación de los conciliadores, o bien se ponen de acuerdo en un procedimiento para designar a los conciliadores. A su juicio, ambas posibilidades son viables.

18. **El Sr. Slate** (observador de la American Arbitration Association) dice que apoya la versión del párrafo 2 presentada por el Secretario y que cree que se debe suprimir la palabra "conjunta".

19. **El Sr. Morán Bovio** (España) dice que su delegación apoya la propuesta del observador de Australia acerca del párrafo 1 y que, para dar acogida a la propuesta del Reino Unido, será necesario estudiar las semejanzas existentes entre el contenido de los párrafos 1 y 3. Su delegación está sopesando todavía las ventajas y los inconvenientes de mantener el párrafo 2. El orador cree que el representante de Francia puede tener razón en su argumentación a favor de que se conserve el párrafo 2. También es preciso considerar la cuestión de la conciliación en que estén involucradas más de dos partes, que ha planteado el Reino Unido, teniendo en cuenta la diversidad y los diferentes conocimientos especializados de los conciliadores.

20. **El Sr. Sillapamahabundit** (Tailandia) dice que su delegación desea adherirse a la opinión mayoritaria que apoya la primera alternativa; también está a favor de que se incluyan disposiciones aplicables a casos en que intervengan dos o más conciliadores, como las que se exponen en el proyecto de Guía para la Incorporación.

21. **El Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que se pregunta si no cabría dar respuesta a las preocupaciones expresadas por España, Finlandia, Francia y Suiza a propósito del párrafo 2 mediante una declaración, dentro del texto, conforme a la cual las partes tienen derecho, pero no están obligadas, a designar un conciliador. En el caso de la conciliación en que estén involucrados más de dos partes, cabe concebir que varias partes que tengan un interés común puedan ser atendidas por un único conciliador que actúe en su nombre. De igual modo, pueden haber casos en que cada parte prefiera tener un conciliador propio.

22. **El Sr. Barsy** (Sudán) dice que la primera alternativa propuesta por el Secretario abarca adecuadamente los párrafos 2 y 3. Su delegación apoya la suspensión de la palabra "conjunta" y propone, por considerarlo adecuado, que se añada la siguiente modificación a la propuesta formulada por el Secretario: "... las partes se esforzarán en llegar a un acuerdo, ora acerca de la designación conjunta de un conciliador o conciliadores, ora acerca del procedimiento de [sic] la designación de un conciliador o unos conciliadores". Esa alternativa abarcaría el acuerdo sobre el procedimiento recogido en el párrafo 1. En cuanto a la preocupación manifestada por los Estados Unidos, el orador considera que el párrafo 5 es claro y cubre suficientemente la situación de que se trata.

23. **El Sr. Shimizu** (Japón) dice que su delegación tiene una actitud flexible, pero está de acuerdo con la opinión de que las nuevas propuestas pueden acarrear una modificación de política. El proyecto de artículo 6 fue redactado con objeto de que se aplicase como norma por defecto en los casos en que las partes no pudieran llegar a un acuerdo. A su juicio, sería sensato formular una decisión en materia de política al respecto antes de seguir adelante con la redacción.

24. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que la hipótesis conforme a la cual cada parte designa a su propio conciliador o sus propios conciliadores no es comparable con la situación existente en el arbitraje, en la que una parte posee un derecho independiente a designar su propio conciliador. Debe suponerse que ese conciliador tendrá que ser aprobado y aceptado por la otra parte, lo cual se acerca a la situación en que ambas partes aceptan a ambos conciliadores, aunque el procedimiento de su designación consista en que cada parte

designe individualmente su conciliador. Así pues, no está muy clara la distinción entre la designación conjunta de dos conciliadores y el caso en que cada parte designa un conciliador.

25. El párrafo 2 había sido criticado anteriormente por autorizar a una parte a imponer a otra parte el conciliador que hubiese elegido, pero ya no sucede así.

26. **El Presidente** dice que de los debates se desprende claramente que la primera alternativa propuesta por el Secretario de la Comisión goza de gran apoyo. Dentro de esa alternativa parece haber una preferencia por la primera variante. También está claro que se debe suprimir la palabra "conjunta".

27. El orador cree que convendría suspender la sesión para celebrar consultas acerca de una nueva redacción que tenga en cuenta los puntos planteados a propósito de distintos aspectos del proyecto de artículo 6.

Se suspende la sesión a las 11.25 horas y se reanuda a las 12.25 horas.

28. **El Presidente** anuncia que la Comisión ha aprobado la primera alternativa y la redacción de la primera variante propuesta por el Secretario. Se suprimirá la palabra "conjunta" y el grupo de redacción tendrá que refundir los proyectos de párrafos 1 y 2. Las preocupaciones manifestadas acerca del procedimiento de conciliación en que intervengan dos o más conciliadores se tratarán en el proyecto de Guía para la Incorporación. El grupo de redacción presentará un texto a la Comisión al día siguiente.

29. **El Presidente** señala a la atención de los presentes, a propósito del párrafo 6, la opinión de los Estados Unidos de que el hecho de no revelar circunstancias que sea probable que susciten dudas justificables acerca de la imparcialidad o independencia de un conciliador no debe dar lugar sistemáticamente a la anulación del acuerdo de transacción.

30. **El Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que el párrafo debe concretar que no se podrán exigir responsabilidades a un conciliador por circunstancias de las que no tuviere conocimiento.

31. **El Sr. Jacquet** (Francia) se opone a que se modifique el texto del párrafo 6 y no está de acuerdo con la propuesta de los Estados Unidos de suprimir las consecuencias en los casos en que el conciliador no tuviese conocimiento de una circunstancia que hubiese debido ser revelada. Justifica su posición en que no tiene ningún sentido referirse a las consecuencias en el proyecto de Guía para la Incorporación, habida cuenta de que la Ley Modelo no hace referencia a ellas. Además, el incumplimiento de una obligación debe acarrear consecuencias, tanto si se dice explícitamente en el texto como si no. En los ambientes jurídicos, en los que es probable que se difunda ampliamente la Ley Modelo, tendría mala acogida una indulgencia excesiva. En pocas palabras, espera que no se apruebe la propuesta de los Estados Unidos.

32. **El Sr. Möller** (observador de Finlandia) apoya las observaciones del representante de Francia. Además, tampoco acepta la propuesta del Reino Unido, ya que exigiría modificar una formulación tomada de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, y, en cualquier caso, es obvio que no se pueden exigir responsabilidades de un conciliador por una situación de la que no tenga conocimiento.

33. **El Sr. Getty** (Estados Unidos de América) dice que se ha producido un malentendido, pues no se trata de si debe o no haber consecuencias por el incumplimiento de una obligación, cuestión ésta de carácter ético, sino de si se puede interpretar o no la articulación de un motivo específico como fundamento para anular un acuerdo de transacción que de otro modo no quedaría anulado en aplicación de la legislación normal sobre contratos. Su delegación cree que los conciliadores están obligados jurídica y éticamente a revelar cualquier circunstancia que comprometa su imparcialidad o su independencia; ahora bien, no deben ser considerados responsables si no lo hacen por motivos técnicos de inadvertencia.

34. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que el Grupo de Trabajo había decidido incorporar la opinión de los Estados Unidos indicando en el proyecto de guía que el párrafo 6 no tiene por objeto añadir un

nuevo motivo para la anulación de un acuerdo de transacción además de los ya recogidos en la ley de contratos de un Estado. El Grupo de Trabajo se había abstenido deliberadamente de tratar de efectuar cualquier cambio o adición a la legislación de contratos vigente, ya que la revelación puede tener una consecuencia diferente a tenor de la ley de contratos de los distintos ordenamientos jurídicos.

35. **El Sr. Morán Bovio** (España) apoya la propuesta del Secretario de conservar el párrafo en su redacción actual y dar una explicación en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno, que responda a las preocupaciones manifestadas por las delegaciones de los Estados Unidos, Francia y Finlandia y además tenga en cuenta la propuesta del Reino Unido.

36. **El Presidente** dice que no se efectuará ningún cambio en el texto del párrafo 6, pero que se dará una explicación en el proyecto de Guía para la Incorporación.

37. *Así queda decidido.*

Proyecto de artículo 7. Sustanciación de la conciliación

38. *Quedan aprobados provisionalmente los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 7.*

39. **El Sr. Getty** (Estados Unidos de América), refiriéndose al proyecto de párrafo 3, dice que su delegación y otras opinan que el párrafo plantea la posibilidad de que se anule la conciliación. En la sección de solución de controversias de la Asociación Americana de Abogados se cree unánimemente que el párrafo podría tener consecuencias peligrosas si se interpretase erróneamente. Aunque la Comisión había decidido en Viena que el párrafo 3 se refiere únicamente a la realización del procedimiento, podría tener una interpretación más amplia en los Estados Unidos de América y otros países, en los que una determinación ulterior de que el acuerdo de transacción no es imparcial puede entrañar que la realización del procedimiento tampoco lo haya sido y, por consiguiente, dar motivos para anular la conciliación. Así pues, sería mejor que la cuestión fuese decidida por la legislación en materia de contratos del país de que se tratase.

40. Su delegación prefiere que se suprima enteramente el párrafo o, de no aceptarlo la Comisión, que por lo menos se eliminen las disposiciones obligatorias del párrafo para autorizar una interpretación más flexible mediante acuerdo de las partes. También se deberían suprimir las palabras introductorias “en cualquier caso”, y se debería explicar claramente en el proyecto de Guía para la Incorporación que el párrafo 3 no pretende crear un nuevo motivo de intervención para poner en entredicho a la conciliación, que cualquier actuación en ese sentido se hará de conformidad con la ley de contratos vigente y que la realización, no el resultado, del procedimiento debe ser imparcial (dado que el resultado será casi siempre subjetivo a ojos de las partes).

41. **El Presidente** solicita que se expongan las reacciones a la argumentación de la delegación de los Estados Unidos.

42. **El Sr. Jacquet** (Francia) dice que el proyecto de párrafo 3 del artículo 7, al igual que los demás artículos del proyecto de ley modelo, ha sido analizado pormenorizadamente por el Grupo de Trabajo. A su delegación le había decepcionado el que el párrafo 3 ya hubiese significado una dilución de la obligación de mantener la imparcialidad expresada por las disposiciones equivalentes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, a pesar de lo cual apoya la inclusión del párrafo como elemento fundamental del actual proyecto de ley modelo del que no cabe derogación alguna. No ve la utilidad de un acuerdo que autorice a los conciliadores a renunciar a actuar imparcialmente.

43. Además, aunque lo lamenta, se opone, a la propuesta de la delegación de los Estados Unidos de que se supriman las palabras “en cualquier caso” del principio del párrafo 3, basándose en que se derivan del párrafo anterior, en el que se subraya el número de maneras en que se puede llevar a cabo la conciliación. El efecto que tienen las palabras “en cualquier caso” es subrayar que, sean cuales fueren los distintos métodos que se puedan utilizar, el método que se escoja deberá regirse por el principio de la imparcialidad.

44. **La Sra. Renfors** (Suecia) suscribe la opinión de la delegación de Francia: entiende las preocupaciones manifestadas por la delegación de los Estados Unidos, pero no desea que se suprima el párrafo 3. Interpreta lo dispuesto en ese párrafo en el sentido de que se refiere, no a la realización del procedimiento de conciliación, sino a su resultado, y habida cuenta de esa interpretación, no sería conveniente suprimir la referencia al proyecto de párrafo 3 del artículo 7 en el proyecto de artículo 3, ya que de ese modo se dejaría a las partes libertad para convenir en una derogación. Es importante que en el proyecto de ley modelo figure una disposición relativa a la realización imparcial de la conciliación, en particular si el próximo debate acerca del proyecto de artículo 15 da lugar a que se haga obligatorio de alguna manera el procedimiento de conciliación. La oradora dice que no tiene ninguna objeción que oponer a la propuesta de los Estados Unidos de que se supriman las palabras "en cualquier caso" del principio del párrafo 3, aunque no ve claramente cómo habrá de contribuir ello a hacer desaparecer las objeciones de esa delegación.

45. **El Sr. Möller** (observador de Finlandia) se adhiere a lo dicho por las delegaciones de Francia y Suecia, por considerar que el párrafo 3 es un elemento necesario del proyecto de ley modelo y que se aplica a la realización, no al resultado, del procedimiento de conciliación. Además, suprimir las palabras "en cualquier caso" sería contraproducente y el orador dice que no ve por qué las partes podrán convenir en que el conciliador no esté obligado a mantener un tratamiento imparcial o tener en cuenta las circunstancias del caso. Está a favor de una modificación que responda a las preocupaciones de la delegación de Estados Unidos, de ser necesaria, pero no a una supresión pura y simple.

46. **El Sr. Tang** Houzhi (China) suscribe las opiniones de las delegaciones que no se han mostrado a favor de la propuesta de la delegación de los Estados Unidos. En primer lugar, porque el párrafo 3 consagra un principio fundamental para los conciliadores. En segundo lugar, porque cuando un tribunal pase a interpretar el artículo 15 de la Ley Modelo, no podrá intervenir en los procedimientos de conciliación del mismo modo que en procedimientos de arbitraje. En el caso del arbitraje, un tribunal puede decidir si en un procedimiento ha habido fallos y, como consecuencia de ello, anular un laudo arbitral. En el caso de la conciliación, el tribunal no tiene esa posibilidad de anular una transacción. Las decisiones de arbitraje son efectuadas por un árbitro, en tanto que las de conciliación no lo son por un conciliador, sino por las propias partes. Habida cuenta de que el presente proyecto de ley modelo no cuenta con disposiciones relativas a los tribunales que sean comparables a las de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, el párrafo 3 es plenamente necesario y apropiado.

47. **El Sr. Morán Bovio** (España) dice que la cuestión planteada por la delegación de los Estados Unidos ha sido objeto desde hace mucho tiempo de la atención del Grupo de Trabajo sobre el Arbitraje, como muestran los párrafos 70 a 74 del informe sobre su labor en su 35° período de sesiones (A/CN.9/506), celebrado en Viena en noviembre de 2001. La redacción del proyecto de ley modelo ha sido fruto de un consenso alcanzado en ese período de sesiones. Esos antecedentes muestran que probablemente se trate de una de las cuestiones más delicadas del proyecto de ley modelo. Por una parte, había que subrayar la necesidad de que los conciliadores fuesen imparciales respecto de las partes. Por otra, como ha señalado la delegación de los Estados Unidos, si se incluyese un llamamiento a la imparcialidad en el proyecto de ley modelo, se dejaría abierta la posibilidad de poner en entredicho un resultado basándose en que un procedimiento de conciliación pudiere no haber sido imparcial. Subraya aún más la importancia de la cuestión el proyecto de artículo 3 de la Ley Modelo, que impide a las partes convenir en derogar el principio de imparcialidad, y la prohibición de la derogación es por sí misma prueba de que se considera que el trato imparcial es una piedra angular de la conciliación.

48. Cabe incluso considerar que el principio del trato imparcial es una parte no negociable del proyecto de ley modelo, ya que su dilución podría poner en peligro su éxito y aceptación en el futuro por las autoridades legales y judiciales. Aunque su delegación está firmemente a favor de que se mantenga el párrafo 3 del artículo 7, por todos los motivos que ha explicado, se podría atender las preocupaciones expresadas por la delegación de los Estados Unidos a propósito de la aplicación práctica de ese párrafo dejando claro, en el cuerpo del mismo, que se requiere un trato imparcial "en el curso del procedimiento de conciliación". Aunque, cuando se lee en su totalidad, párrafo por párrafo, el proyecto de artículo 7 conlleva en cualquier caso esa manera de comprenderlo, sería conveniente que su redacción fuese más explícita, con lo que se evitaría una situación en la que un acuerdo

de transacción al que se hubiese llegado por conciliación fuese puesto en entredicho porque, por ejemplo, las disposiciones en materia de notificación no fuesen idénticas respecto de todas las partes involucradas en el procedimiento.

49. **El Sr. Getty** (Estados Unidos de América) da las gracias a la Comisión por su análisis de una cuestión que la delegación de los Estados Unidos se ha sentido obligada a plantear porque estaba causando un problema. Ese problema se debía a una comprensión errónea del propósito original del Grupo de Trabajo: que la exigencia de imparcialidad se refería a la manera de llevar a cabo la conciliación, no a su resultado, cuya imparcialidad siempre podría ser objeto de debate. La delegación de los Estados Unidos quedará complacida con que en el proyecto de Guía para la Incorporación y la Utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional se diga claramente que la prescripción se refiere al procedimiento de conciliación, no al acuerdo de transacción resultante de ese procedimiento, y que no se aparta de la legislación de contratos vigente en los distintos países de que pudiere tratarse.

50. **El Presidente**, al no formularse ninguna objeción más, resume el resultado del debate del modo siguiente: el proyecto de párrafo 3 del artículo 7 permanecerá sin modificación alguna, al igual que la referencia a él en el proyecto de artículo 3. Ahora bien, el proyecto de Guía indicará claramente que el párrafo 3 del artículo 7 no se refiere al acuerdo de transacción, lo cual es lógico, ya que el conciliador no controla lo que las partes convienen entre ellas. Además, se dejará claro que el mero hecho de que el conciliador no cumpla las obligaciones que le impone el párrafo 3 del artículo 7 no constituirá motivos nuevos independientes, aparte de los recogidos en la ley de contratos vigente, para anular un acuerdo de transacción.

51. *Así queda decidido.*

Elección de la Mesa (*continuación*)

52. **El Sr. Cachapuz de Medeiros** (Brasil), quien interviene en nombre del Grupo de Estados de América Latina y el Caribe, propone la candidatura del Sr. Guillermo Reyes (Colombia) para el cargo de Vicepresidente.

53. **El Sr. Reyes** (Colombia) es elegido Vicepresidente por aclamación.

54. **El Sr. Mirzaee-Yengejeh** (República Islámica del Irán), quien interviene en nombre del Grupo de Estados de Asia propone la candidatura de la Sra. Vilawan Mangklatanakul (Tailandia) para el cargo de Vicepresidente.

55. **La Sra. Mangklatanakul** (Tailandia) es elegida Vicepresidenta por aclamación.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

Acta resumida de la 742ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el martes 18 de junio de 2002 a las 15.00 horas (A/CN.9/SR.742)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 63	1285
Elección de la Mesa (*continuación*)	64 - 65	1292

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 15.15 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional *(continuación)*

Proyecto de artículo 7. Substanciación de la conciliación (continuación)

1. El **Sr. Zanker** (observador de Australia), refiriéndose al párrafo 4 del artículo 7, propone que tras la palabra “conciliador” se añada la expresión “o el grupo de conciliadores” con el propósito de armonizar el párrafo 4 con los párrafos 2 y 3 del mismo artículo.

2. **El Presidente** dice que la propuesta de Australia se remitirá al grupo de redacción.

3. *Así queda acordado.*

Proyecto de artículo 8. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

4. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que la expresión “a menos que las partes convengan otra cosa” parece superflua, puesto que esa disposición figura ya en el proyecto de artículo 3, y propone que se remita esa cuestión al grupo de redacción.

5. **El Presidente** recuerda que el Grupo de Trabajo decidió mantener la norma general en el proyecto de artículo 3 pero consideró que en otros casos era conveniente subrayar el principio enunciado en ese artículo. El Grupo de Trabajo remitió la cuestión al grupo de redacción y aceptó el texto elaborado por ese grupo. El orador propone que se pida de nuevo al grupo de redacción que examine el uso de la expresión “a menos que las partes convengan otra cosa”.

6. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) señala que el problema de redacción se planteó durante el examen del primer proyecto, y que se decidió incluir la norma general y mantener la expresión “a menos que las partes convengan otra cosa” en otros artículos para subrayarla. No se tomó ninguna decisión respecto de la totalidad del texto. El orador no considera que el grupo de redacción sea el órgano adecuado para examinar esta cuestión en la presente etapa, ya que ahora está llevando a cabo la labor de armonización de las versiones del texto completo en los seis idiomas. Propone que la Comisión adopte una posición respecto del principio pertinente.

7. **El Presidente** recuerda que en el caso del proyecto de artículo 13, relativo a una cuestión sumamente delicada, el Grupo de Trabajo decidió mantener la expresión "a menos que las partes convengan otra cosa". Teniendo presente la información facilitada por el Secretario, estima que este asunto debería resolverlo la Comisión en lugar del grupo de redacción.

8. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que la expresión "a menos que las partes convengan otra cosa" debe figurar expresamente en todos los artículos donde sea aplicable el principio, a pesar de que la norma general se haya establecido en el proyecto de artículo 3. No es preciso modificar el proyecto de artículo 8.

9. **El Presidente** dice que, si no se interpone ninguna objeción, considerará que la expresión "a menos que las partes convengan otra cosa" debe suprimirse del proyecto de artículo 8.

10. *Así queda acordado.*

Proyecto de artículo 9. Revelación de información entre las partes

11. La **Sra. Beleva** (observadora de Bulgaria) desea saber si el verbo "podrá" que figura en la primera oración del artículo 9 significa que el conciliador, el grupo de conciliadores o un miembro del grupo pueden decidir si deben, o no, revelar la información a la otra parte.

12. **El Presidente** explica que el conciliador puede recibir información confidencial de una de las partes y, si lo considera conveniente para acercar las posiciones de las partes, puede revelar esa información a las partes de forma individual o en una reunión. El conciliador no puede revelar la información que ha recibido sin la autorización de la parte. La otra posibilidad examinada por el Grupo de Trabajo es que el conciliador pueda recibir la información y revelarla si la parte que la facilita no le exija que se mantenga confidencial. El Grupo de Trabajo optó por la segunda solución porque al parecer se adaptaba más a la práctica vigente.

13. La **Sra. Beleva** (observadora de Bulgaria) pregunta cómo se procederá cuando la parte que facilita la información no la considere confidencial.

14. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) propone que se suprima el resto del texto que figura tras la palabra "conciliadores" en la primera oración y añádase el texto siguiente: "no revelarán esa información a ninguna parte, a menos que la parte que facilita la información acepte de forma expresa su divulgación".

15. La eficacia de la conciliación depende en gran medida de que las partes en una controversia comuniquen en privado al conciliador su opinión sincera sobre la cuestión. Por consiguiente, debería estar absolutamente prohibido que el conciliador revelara lo que sucede en reuniones privadas y en otros debates con las partes a menos que una parte lo autorizara expresamente. El enfoque de la revelación de información del proyecto de artículo 9 está inspirado en el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), elaborado en 1980, cuando el proceso de conciliación comercial aún no se comprendía bien y se practicaba muy poco. Esa formulación no es adecuada y no ha recibido una amplia aceptación. Indudablemente no refleja la práctica de conciliación vigente en Australia. Además, actualmente prevalece la formulación contraria en los casos de mediación comercial publicados y en los acuerdos de conciliación utilizados como precedente en Australia y en otros lugares.

16. **El Presidente** recuerda que el Grupo de Trabajo examinó el texto sobre la revelación de información, como se indica en los párrafos 78 a 82 del Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje (A/CN.9/506). El Grupo de Trabajo se decantó por el presente texto.

17. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que su delegación está de acuerdo con la posición de Australia. No obstante, como el asunto ha sido examinado minuciosamente por el Grupo de Trabajo y el texto actual ha sido aceptado por la mayoría del grupo, se muestra renuente a reiniciar el debate. Señala que el presente texto requiere cierta adaptación para abarcar situaciones en las que participen diversas partes, y el texto que propone la delegación de Australia lo consigue utilizando la expresión “cualquier otra parte” en lugar de “la otra parte”.

18. También desea señalar que la palabra “información”, sujeto de la oración, se refiere ahora exclusivamente a la información relativa a la controversia; sin embargo, es posible que durante el proceso de conciliación se revele información sobre la práctica de una empresa de una de las partes que tal vez no se refiera necesariamente a la controversia pero que, de todos modos, sea de carácter confidencial. La expresión “información relativa a la controversia”, es algo restrictiva. Asimismo, según el presente texto, el conciliador podrá recibir “información relativa a la controversia”, aunque sólo podrá revelar “el contenido” de esa información. No queda clara la diferencia entre ambas expresiones, y el texto podría dar pie a una interpretación incorrecta.

19. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) dice que sería contraproducente volver a iniciar el debate sobre el proyecto de artículo 9. Además, la propuesta de Australia no estaría en armonía con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

20. El **Sr. Barsy** (Sudán) dice que su delegación apoya la propuesta de Australia. El conciliador sólo debería revelar información con el expreso consentimiento de la parte que la facilitara. Además, su delegación interpreta que la primera oración del proyecto de artículo significa que el conciliador sólo podrá revelar la información que reciba de una parte durante el procedimiento conciliatorio y no la información que el conciliador haya obtenido de otras fuentes. Cabe señalar que, si el conciliador puede revelar la información que ha obtenido fuera del procedimiento conciliatorio, las partes interesadas tal vez no conozcan ese dato y, por tanto, no estén en condiciones de especificar que debería mantenerse confidencial.

21. El **Sr. Graham** (México) dice que su delegación preferiría que no se volviera a abrir el debate tras el consenso al que había llegado el Grupo. En defensa de la versión actual del texto, el orador alega que una de las funciones de un conciliador es ser un medio de comunicación entre las partes, y en el ejercicio de esa función el conciliador comparte necesariamente información que las partes le han facilitado. Si el conciliador ha de obtener autorización cada vez que debe transmitir información a la otra parte, el procedimiento será innecesariamente laborioso y mucho menos eficaz.

22. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que su delegación está a favor de mantener el texto actual, a pesar de los argumentos de la delegación de Australia, pero no considera en absoluto que el debate deba concluir simplemente porque el Grupo de Trabajo haya llegado a un consenso, sobre ésta o sobre cualquier otra cuestión. Los motivos en que se basó el consenso podrían volverse a examinar en la Comisión.

23. En cuanto al título del artículo “Revelación de la Información entre las Partes”, en la versión en francés “Communication d’informations entre les parties” preferiría que se reemplazara la palabra “Communication” por “Divulgation”, entre otros motivos para diferenciarlo del título del proyecto de artículo 8. También propondría suprimir las palabras “entre las partes”, en las versiones en todos los idiomas, porque el aspecto fundamental del texto es que las partes no se comunican directamente pero reciben información mediante el conciliador.

24. El **Sr. Reyes** (Colombia) dice que su delegación prefiere mantener el texto respecto del cual se llegó al consenso en el Grupo de Trabajo. En el título en español, como traducción de “disclosure”, la palabra “revelación” debería sustituirse por “divulgación”.

25. La **Sra. Moosa** (Singapur) dice que, aunque su delegación está de acuerdo con Australia y ya expuso la misma posición en el Grupo de Trabajo, no desea reiniciar el debate. No obstante, le preocupa que las partes tal

vez no sepan que la información que revelan puede difundirse a menos que indiquen específicamente lo contrario. Su delegación propone que en la Guía para la incorporación al derecho interno, se den instrucciones a los conciliadores para que aclaren ese punto a las partes desde el principio.

26. El **Sr. Cosman** (Canadá) dice que su delegación apoya la versión actual del texto y conviene con Finlandia en que, a menos que se demuestre que el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI no cumple la función prevista, el debate no debería reiniciarse. Su delegación sabe por experiencia que la conciliación es eficaz con una norma similar a la que figura en el proyecto de artículo 9.

27. El **Sr. Shimizu** (Japón) dice que su delegación desea plantear algunas cuestiones sobre el uso de las palabras "el contenido de esa información" que figuran en la primera oración del proyecto de artículo 9. Se trata de determinar si el conciliador debe revelar la información. Suponiendo que el conciliador debe revelarla, el Grupo de Trabajo ha introducido la palabra "contenido" para evitar que el conciliador se vea obligado a comunicar el contenido literal de toda información que reciba de las partes. No obstante, con arreglo al párrafo 56 del proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/514), el conciliador no tiene el deber de revelar esa información a la otra parte, sino que queda a su discreción. Ante esa interpretación, la palabra "contenido"·es superflua y debería suprimirse, puesto que representa una sutil distinción que resultaría difícil explicar a los legisladores.

28. El **Sr. Medrek** (Marruecos) dice que su delegación prefiere que no se reinicie el debate sobre el principio expresado en el proyecto de artículo 9. En cuanto al título, apoya la propuesta de Francia de que se supriman las palabras "entre las partes", y de que en la versión francesa se sustituya "comunication" por "divulgation".

29. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que su delegación también prefiere el texto actual. Los argumentos en favor del principio contrario se han examinado minuciosamente en el Grupo de Trabajo.

30. **El Presidente** dice que los motivos que llevaron a utilizar la expresión "el contenido de la información" podrían incluirse en la Guía para la promulgación. En cuanto al título del proyecto de artículo 9, ya hay un precedente de suprimir las palabras "entre las partes": el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, cuyo contenido es similar, se titula simplemente "Revelación de información".

31. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que su delegación prefiere el texto en su versión actual aunque apoya que se supriman del título las palabras "entre las partes". Conviene con Singapur en que es sumamente importante que el conciliador explique a las partes desde un principio que deben señalar la información que no desean que se revele. Esto debería quedar claro en la Guía para la promulgación.

32. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que su delegación también apoya el principio expresado en el proyecto de artículo 9 en su versión actual. La cuestión planteada por Singapur y Suiza es pertinente, aunque teme que se corra el riesgo de que la Guía para la promulgación sea excesivamente formal cuando la esencia del proyecto de artículo 9 es promover la flexibilidad.

33. El **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) dice que el proyecto de artículo 9 se refiere a la revelación de información a las partes en la conciliación, y no a otras partes. Es importante que el título indique los destinatarios previstos. La expresión "entre las partes" no debería suprimirse sino modificarse para que diga "a las partes".

34. El **Sr. Rendón** (México) dice que la palabra "contenido" que figura en la versión en español no es una buena traducción de la palabra inglesa "substance".

35. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que confía en que se tome en consideración la propuesta del Reino Unido de sustituir la expresión “a la otra parte” por “a cualquier otra parte” en las oraciones primera y segunda, a fin de abarcar las situaciones en que en el procedimiento conciliatorio participen más de dos partes.

36. **El Presidente** dice que, al parecer, se está llegando a un consenso respecto de introducir el cambio propuesto por el Reino Unido y de modificar el título para armonizarlo con el título del artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

37. *Así queda acordado.*

Proyecto de artículo 10. Deber de confidencialidad

38. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que los profesionales que se dedican a la mediación en los Estados Unidos se muestran entusiastas respecto de la Ley Modelo pero ha expresado reservas sobre el proyecto de artículo 10. El problema básico está expresado en el título: “Deber de confidencialidad”. Con arreglo al derecho extracontractual de los Estados Unidos, podrían incurrir en responsabilidad por infringir ese deber. Y, puesto que la definición de conciliación que figura en el párrafo 2 del artículo 1 es muy amplia, el artículo 10 tal vez pudiera ser una trampa para quienes se dedican a la conciliación en un marco tan informal que desconocen que la Ley Modelo es aplicable a esa actividad y tal vez infrinjan inadvertidamente el deber de confidencialidad.

39. Por consiguiente, su delegación propone que la frase inicial “a menos que las partes convengan otra cosa” se reemplace por el texto siguiente: “cuando las partes estén de acuerdo”. Tras esa modificación, antes de asumir el deber de confidencialidad las partes deben convenir en ello. Efectivamente, la confidencialidad es un elemento esencial de la Ley Modelo aunque las cuestiones más delicadas a ese respecto son las que se abordan en el proyecto de artículo 9 relativo a la revelación de información entre las partes por conducto del conciliador y en el proyecto de artículo 11 relativo a la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos.

Se levanta la sesión a las 16.25 horas y se reanuda a las 17.00 horas.

40. El **Sr. Barsy** (Sudán) propone añadir las palabras “con sujeción al artículo 9” al principio del artículo 10. Esto eliminaría toda posibilidad de conflicto entre los artículos 9 y 10. También propone sustituir la expresión “las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio” por “información relativa a la controversia”, formulación más amplia similar a la que se utiliza en el proyecto de artículo 9 y que garantizaría la armonía entre ambos artículos.

41. El **Sr. Jacquet** (Francia), formula una observación sobre la propuesta del representante de los Estados Unidos y dice que, a su juicio, los temores que ha expresado son exagerados y la solución propuesta podría ser peor que el error que debía corregir. Es cierto que, según el texto actual del proyecto de artículo 10, los conciliadores sólo pueden ser liberados de su deber de confidencialidad mediante un acuerdo expreso entre las partes. No obstante, la Ley Modelo no impone sanciones en caso de infracción de la confidencialidad. Las únicas sanciones previstas son las que figuran en la legislación nacional con arreglo a la cual lo más probable sería que la responsabilidad derivara de un contrato entre las partes. En ese caso el proyecto de artículo 10 sería tan sólo uno de los factores que determinarían la gravedad de la infracción de la confidencialidad. Además, el deber de confidencialidad es tan sólo una de las muchas obligaciones que debe respetar un conciliador cuyo incumplimiento no está penalizado por la Ley Modelo.

42. El representante de los Estados Unidos desea proteger los intereses de los conciliadores, algo comprensible, pero la ley de conciliación está elaborada tanto para las partes como para los conciliadores. Si los conciliadores no estuvieran sujetos a ningún deber de confidencialidad, las partes podrían objetar de forma justificable que tenían derecho a esperar que la información se mantuviera confidencial. En todas las normas existentes sobre

conciliación figura de forma expresa el deber de confidencialidad, y resultaría extraño que en la Ley Modelo, cuyo propósito es ser aplicable en el ámbito internacional, no figurara ese requisito, a pesar de que no sea probable que un conciliador transmita información obtenida en el ejercicio de sus funciones. Puesto que el representante de los Estados Unidos estima que el texto del proyecto de artículo 1 no es suficientemente explícito, podría incluirse ahí la norma relativa a la confidencialidad en lugar de figurar en el proyecto de artículo 10.

43. El **Sr. Miki** (Japón) apoya la propuesta del representante de los Estados Unidos. Comparte su inquietud porque el texto del proyecto de artículo 1 es demasiado amplio y vago y tiende a minimizar el deber de confidencialidad.

44. El **Sr. Joko Smart** (Sierra Leona) dice que, aparte de las dos excepciones mencionadas en el proyecto de artículo 10, el deber de confidencialidad es absoluto. No es necesario agregar la frase propuesta por el representante de los Estados Unidos.

45. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) dice que está de acuerdo con el representante de los Estados Unidos en que la definición de conciliación que figura en la Ley Modelo es demasiado amplia para servir de marco a un deber de conciliación. No obstante, no está seguro de que la solución propuesta sea acertada. En muchos casos, cuando las partes recurren a la conciliación para resolver una controversia de forma amistosa, lo hacen suponiendo que la información se mantendrá confidencial, pero se trata más bien de una consideración implícita que de una condición expresa de su acuerdo. Expresarla de forma explícita significaría que si no se llegaba a un acuerdo al respecto el deber de confidencialidad no existía.

46. Una posible solución sería suprimir la totalidad del proyecto de artículo 10. Sin embargo, la confidencialidad es un requisito indispensable y la Ley Modelo debe contener alguna disposición al respecto. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, es poco probable que un conciliador incurra en responsabilidad civil por divulgar información sobre una controversia, y el conciliador tendría que ser consciente de que actúa en el ejercicio de esas funciones.

47. Resulta difícil aceptar la adición propuesta por los Estados Unidos porque para mantener la confidencialidad se requeriría el acuerdo expreso de las partes y, cuando surgiera la ocasión las partes no sabrían necesariamente que habían iniciado un proceso de conciliación. El orador sugiere que se suprima la expresión “a menos que las partes convengan otra cosa” o que se encuentre una formulación alternativa.

48. El **Sr. Morán Bovio** (España) dice que la propuesta del Representante del Sudán de relacionar el proyecto de artículo 10 con el proyecto de artículo 9 podría resultar útil, porque ubicaría el proyecto de artículo 10 en el contexto adecuado. En cuanto a la propuesta de la delegación de los Estados Unidos, nadie pone en duda que el derecho de confidencialidad sea esencial. Por consiguiente, apoya la propuesta de incluir la expresión “cuando lo acuerden las partes” al principio del proyecto de artículo 10, porque esas palabras advierten a las partes que deben adoptar una posición clara sobre la confidencialidad y, por tanto, la reafirmarán. Las partes expresarán el deber de confidencialidad en su acuerdo y posteriormente lo transmitirán al conciliador.

49. El **Sr. Hunter** (observador del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial) se pregunta si la preocupación expresada por los Estados Unidos podría mitigarse mediante la inclusión, en un segundo párrafo del proyecto de artículo 10, de la afirmación de que ninguna disposición de ese artículo podrá hacer incurrir en responsabilidad al mediador en relación con sus conducta acerca del deber confidencial.

50. El **Sr. Getty** (Estados Unidos de América) explica que a su delegación no le preocupa que los conciliadores puedan incurrir en responsabilidad. Según el texto que propone, los conciliadores que infrinjan el acuerdo de no divulgar información sobre determinada controversia incurrirán en responsabilidad. En cambio, expresa dos

preocupaciones. En primer lugar, una parte en el proceso de mediación que desconociera que la ley recoge la presunción de confidencialidad podría incurrir en responsabilidad al comunicar a un amigo o un vecino aspectos de la conciliación. En segundo lugar, debido a la amplia definición de conciliación que figura en el proyecto de artículo 1, cualquier tercero invitado a participar en un debate para resolver una controversia podría inadvertidamente incurrir en responsabilidad en relación con el derecho de confidencialidad. Incluso empresarios que charlaran durante una cena podría incurrir en responsabilidad respecto del derecho de confidencialidad, sin tener el propósito de iniciar un procedimiento conciliatorio oficial. La enmienda propuesta por su delegación modificaría la intención y protegería a las partes que actuaran inadvertidamente.

51. **El Presidente** explica la diferencia existente entre los proyectos de artículos 9 y 10. El primero se aplica exclusivamente a los conciliadores y establece normas para regular su derecho a difundir información recibida de una parte a la otra. El otro ha sido agregado por el grupo de trabajo para vincular a todas las partes en una controversia respecto del derecho de confidencialidad.

52. El **Sr. Cosman** (Canadá) dice que su delegación se reserva el derecho de no adoptar una decisión definitiva sobre la enmienda propuesta por la delegación de los Estados Unidos hasta que se aclare si el derecho de confidencialidad es aplicable a todas las partes o sólo al conciliador. A la luz de las observaciones formuladas por el Presidente, el orador supone que el artículo se refiere a todas las partes.

53. **El Presidente** propone que se apruebe la versión actual del proyecto de artículo 10, ya que la enmienda propuesta por el representante de los Estados Unidos no ha recibido un apoyo claro.

54. La **Sra. Moosa** (Singapur) dice que también estima que en el proyecto de artículo 10 no se indican de forma suficientemente explícita las personas a quienes se aplica el derecho de confidencialidad. A su juicio, el artículo se refiere a todas las partes que reciban información relativa a la controversia, a saber, conciliadores, miembros de los grupos o instituciones de conciliación, así como todas las partes en la controversia, y deberían agregarse al texto algunas palabras en ese sentido.

55. **El Presidente** dice que se mantendrá la versión actual del texto y sólo se suprimirá la expresión “a menos que las partes convengan otra cosa”. Las inquietudes expresadas por las delegaciones de los Estados Unidos de América y Singapur se podrían tomar en consideración en la Guía para la promulgación. Confirma que el Grupo de Trabajo prevé que el proyecto de artículo 10 se refiera a todas las partes que participan en una controversia.

56. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) expresa su sorpresa por que se ha determinado que se ha llegado a un acuerdo para suprimir la cláusula inicial del proyecto de artículo 10. No se ha mantenido un debate muy profundo sobre las posibles consecuencias de esa medida, y sólo una delegación ha expresado su apoyo a la propuesta.

57. Subraya la seria preocupación manifestada por su delegación respecto de la responsabilidad en que podrían incurrir los conciliadores que obraran de forma involuntaria. Durante la redacción de la Ley uniforme de mediación de los Estados Unidos se expresaron inquietudes similares debido a la estricta reglamentación de un proceso esencialmente oficioso. El orador no entiende cuál es la finalidad del proyecto de artículo 10, además de hacer incurrir en responsabilidad por infracción del derecho de confidencialidad.

58. En la Ley uniforme de mediación figura una definición precisa de conciliación, con el propósito de indicar claramente a las partes participantes la etapa en la que podrían considerar que habían iniciado un proceso con consecuencias legales. En ella se establece en tres posibilidades para iniciar un proceso de conciliación oficial: el acuerdo de las partes por escrito (en formato electrónico o de otra índole), una orden judicial que disponga el comienzo de ese proceso, o una solicitud de las partes para contratar los servicios de un conciliador profesional conocido. Cuando se formuló la definición general de conciliación para el proyecto de ley modelo, no se tuvieron

en consideración las repercusiones en materia de responsabilidad jurídica que podría tener la infracción de la confidencialidad. El orador lamenta de nuevo que no se haya realizado un esfuerzo más sostenido para resolver un problema que, para su delegación, constituía un grave obstáculo en relación con la aplicación de la Ley Modelo.

59. **El Presidente** dice que ha atendido las inquietudes de la delegación de los Estados Unidos mediante la celebración de consultas con los diversos representantes. No obstante, como la enmienda propuesta no ha recibido un apoyo claro, sus inquietudes no deberían reflejarse en el texto principal, aunque podrían tenerse muy en cuenta en la Guía para la promulgación. En cambio, el orador invita al representante de los Estados Unidos de América a proseguir las consultas sobre la cuestión y le brinda su apoyo para esos debates. En cuanto a la supresión de la expresión "a menos que las partes convengan otra cosa", la tendencia de la Comisión, desde el examen del proyecto de artículo 8 y en vista de las disposiciones del proyecto de artículo 3, es suprimir ese tipo de referencias. Tres delegaciones han indicado específicamente su apoyo a esa medida, y ninguna se ha opuesto.

60. El **Sr. Jacquet** (Francia) conviene con el representante de los Estados Unidos en que el debate sobre las repercusiones de la supresión de la cláusula inicial del proyecto de artículo 10 no ha sido suficiente. Existe una diferencia entre las disposiciones del proyecto de artículo 3 y la incorporación de la expresión "a menos que las partes convengan otra cosa". El proyecto de artículo 3 se refiere a las partes que desde el principio desean tomar la decisión formal de no aplicar determinadas disposiciones de la Ley Modelo. Sin embargo, la expresión "a menos que las partes convengan otra cosa" puede referirse a acuerdos concertados durante el procedimiento de conciliación. Por consiguiente, es importante ofrecer a las partes la opción específica de suprimir el derecho de confidencialidad en cualquier momento durante el procedimiento.

61. El orador reconoce el problema que plantea la definición de conciliación pero dice que resulta imposible atender las inquietudes expresadas, porque la definición que figura en el proyecto de ley modelo es más bien descriptiva que prescriptiva. Se decidió no incluir disposiciones específicas sobre la naturaleza del acuerdo que prevé iniciar la conciliación. Por consiguiente, no se puede limitar la definición de conciliación.

62. El **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) dice que la cuestión de la confidencialidad ya se ha debatido minuciosamente en el Grupo de Trabajo y que la expresión "a menos que las partes convengan otra cosa" ha figurado en el texto desde los proyectos iniciales.

63. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) sugiere que el grupo de redacción podría suprimir la palabra "deber" del título del proyecto de artículo 10, debido a su intensa connotación respecto de incurrir en responsabilidad, y agregar la palabra "oficial" antes de "procedimiento conciliatorio", a fin de aclarar que una charla durante una cena no tendrá consecuencias jurídicas.

Elección de la Mesa *(continuación)*

64. El **Sr. Heger** (Alemania), hablando en nombre del Grupo de Estados de Europa occidental y otros Estados, nombra al Sr. Morán Bovio (España) para ejercer las funciones de Relator.

65. El **Sr. Morán Bovio** (España) es elegido Relator por aclamación.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

Acta resumida de la 743ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el miércoles 19 de junio de 2002 a las 10.00 horas (A/CN.9/SR.743)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 60	1293

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), el Sr. Abascal Zamora (México) Presidente del Comité Plenario, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 10.20 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

Proyecto de artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. **El Presidente**, recordando que la delegación de los Estados Unidos pidió que se postergara todo examen ulterior del proyecto de artículo 10 de la Ley Modelo para que su delegación tuviera tiempo de celebrar consultas y proponer un enunciado que satisficiera a todas las delegaciones y a los observadores, propone pasar a tratar el proyecto de artículo 11 e invita a formular observaciones acerca del primer párrafo en primer término.

2. El **Sr. Inoue** (Japón) se refiere concretamente a las distintas categorías de terceros a que se alude en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11. Si bien en el párrafo 61 del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/514) se indica que el término “terceros” denota sólo las personas que participan en un procedimiento de conciliación, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 se supone que el término abarca un abanico más amplio de personas y no únicamente las que participan en el procedimiento de conciliación. En el párrafo 1 se prevé también que, a menos que las partes convengan otra cosa, toda prueba que presente un tercero será inadmisible en otros procedimientos, independientemente de que ese tercero haya participado o no en el procedimiento conciliatorio. De ello el orador deduce que las partes podrán convenir en que sean inadmisibles las pruebas de personas que, por ejemplo, estén al corriente casualmente del contenido del procedimiento de conciliación. Por consiguiente, sugiere que las palabras “o todo tercero” se trasladen del lugar en que están a la primera oración del mismo párrafo, de modo que el texto diga “1 A menos que las partes acuerden otra cosa, toda parte o todo tercero que participe en un procedimiento conciliatorio...”.

3. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) explica que originalmente se insertaron en el texto las palabras “o todo tercero” con la finalidad de que denotaran otras personas, como personal administrativo o expertos, que, pese a intervenir en el procedimiento de conciliación, no son realmente partes en él. En ese momento, no se prestó mayor atención a su ubicación en el párrafo y está de acuerdo en que puede cambiarse de lugar, como lo propone la delegación del Japón.

4. **El Presidente**, observando que el párrafo 1 queda más claro con la modificación propuesta por la delegación del Japón, pregunta si alguien se opone a su aprobación.

5. La **Sra. Moosa** (Singapur) desea saber si, al aceptarse la modificación propuesta, quedarían comprendidos en la expresión "o todo tercero" órganos como las instituciones de conciliación, que con frecuencia prestan servicios y actúan como depositarias de documentos, incluidos los acuerdos de conciliación. Se pregunta si se pretende que el párrafo 1 se aplique a esos órganos, aunque en sí no sean participantes en el procedimiento de conciliación.

6. **El Presidente** destaca que el punto que preocupa a la delegación de Singapur no guarda relación con la modificación propuesta, sino más bien con el fondo del texto. Según recuerda, al redactarse el párrafo 1, ni siquiera se previó la posibilidad que ha señalado la representante de Singapur.

7. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) da un ejemplo para comprobar si su delegación interpreta correctamente el alcance de la propuesta del Japón. Suponiendo que un tercero que no participe en un procedimiento de conciliación recibe de una parte que sí participa en él información que esta parte ha obtenido, ¿tendrá derecho ese tercero a utilizar la información en otros procedimientos? Si así fuera, preocuparía a su delegación que se esté restringiendo la inadmisibilidad de pruebas, puesto que la cuestión no se refiere a los terceros, sino más bien a la información. Subraya que en todo caso será aplicable el párrafo 5 del proyecto de artículo 1.

8. El **Sr. Slate** (observador de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos), refiriéndose a la cuestión de la vinculación de ciertas instituciones al procedimiento de conciliación, explica que, cuando un arbitraje se lleva a los tribunales, se tiende cada vez más a citar al personal de las instituciones arbitrales o a pedir documentos de que dispone una institución. Por lo tanto, tal vez convenga insertar en el texto palabras que protejan al personal vinculado a un procedimiento de conciliación o que regulen la difusión de los documentos en poder de una institución.

9. El **Sr. Shimizu** (Japón) aclara que la intención de su delegación al proponer la modificación no es cambiar el fondo del párrafo, que ya ha sido convenido por el Grupo de Trabajo. Al leer la última oración del párrafo 61 del proyecto de guía, dedujo que las palabras "o un tercero" suponían simplemente que personas como testigos y expertos quedaban comprendidas en el ámbito del párrafo 1 del proyecto de artículo 11. Si ese es el fondo de la cuestión, opina que quedará más claramente enunciado si se cambian de lugar las palabras indicadas. Puede argumentarse también a favor de la propuesta que será difícil explicar desde la óptica del derecho contractual por qué un tercero que no participa en modo alguno en un procedimiento de conciliación ha de quedar obligado por lo que convengan las partes en ese procedimiento. Al cambiar de lugar las palabras "o un tercero", no cabrá duda de que el "tercero" ha de ser un participante.

10. El **Sr. Gillen** (observador del Comité Consultivo Internacional del Algodón), refiriéndose a la cuestión planteada por la delegación de Singapur, coincide con el Sr. Slate en que, si bien es cierto que las personas que participan sólo en los aspectos administrativos de un procedimiento de arbitraje (o sea, que no son partes) deben comparecer a menudo ante un tribunal en fecha ulterior, tal vez se justifique prever algún tipo de protección para el personal administrativo en el supuesto concreto de un procedimiento de conciliación.

11. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) se pregunta si no convendría añadir "incluido un conciliador" a las palabras que el delegado del Japón ha propuesto desplazar en el párrafo 1, ya que el enunciado "o un tercero, incluido un conciliador" expresaría la lógica de la propuesta con mayor precisión. En cuanto a las personas que intervienen de forma secundaria en un procedimiento de conciliación, podría atenderse a las demás observaciones hechas al respecto si el texto enmendado dijera, por ejemplo, "o un tercero que participe en el proceso de conciliación o esté vinculado a su administración", lo que supone que esas personas podrán acogerse a los privilegios enumerados en los apartados a) a f) del párrafo 1 del proyecto de artículo 11.

12. El **Sr. Getty** (Estados Unidos de América) apoya la sugerencia de la representante de Singapur de que se incluya a las instituciones de conciliación en el párrafo 1. Respecto del traslado de la expresión "o un tercero" de un lugar a otro del párrafo 1, su delegación considera que la Comisión debe adoptar un criterio lo más amplio y abierto posible. Mantener el enunciado actual será la mejor manera de prevenir el riesgo de que pueda utilizarse o pueda exigirse que se utilice ulteriormente la información que se transmita a un tercero que no sea parte en un

procedimiento de conciliación, o que no esté presente durante su desarrollo, por el hecho de que ese tercero no participe realmente en dicho procedimiento.

13. El **Sr. Lebedev** (Federación de Rusia) infiere de las opiniones expresadas por las delegaciones de los Estados Unidos y del Reino Unido que la enmienda propuesta por el Japón incide en cuestiones de fondo y no simplemente de redacción. Según está enunciado, el párrafo 1 prevé que un tercero que no participe directamente en un procedimiento de conciliación no podrá recurrir a las pruebas que haya obtenido en el marco de dicho procedimiento y que, por ende, ningún tribunal podrá aceptar tales pruebas. El enunciado actual es muy amplio; si se acepta la enmienda del Japón se correrá el riesgo de que quede restringido a todo tercero que participe en el procedimiento de conciliación.

14. Antes de aprobar o rechazar la propuesta, conviene que la Comisión reflexione acerca de qué objetivo ha de tener el párrafo 1, cómo han de utilizarse sus disposiciones y a quién habrá de aplicarse (a todo tercero o sólo a los terceros que participen en el procedimiento de conciliación). Si se desea restringir el alcance del párrafo 1, sería totalmente lógico aprobar la propuesta del Japón. Si se desea que el alcance del párrafo 1 sea lo más amplio posible, convendría no modificar el enunciado.

15. El **Sr. Barsy** (Sudán) responde que el objetivo es proteger la información y los puntos de vista que se exponen durante un procedimiento de conciliación. Si bien debe mantenerse la expresión “o un tercero”, se justifica limitar las categorías de terceros que quedarán comprendidas en el párrafo 1, en función de la forma en que hayan obtenido la información: en el caso concreto que se debate, la información que se adquiere al ser presentada en el curso de un procedimiento de conciliación.

16. **El Presidente** cree entender que los miembros de la Comisión se inclinan por aplicar las disposiciones del párrafo 1 a todo tercero en cuyo poder obre información sobre un procedimiento de conciliación, independientemente de que ese tercero participe o no en él, incluido el personal de instituciones que administran procedimientos de conciliación. De no haber objeciones, entenderá que se desea aprobar el párrafo en su forma actual y se encomendará al grupo de redacción que lo enuncie en consonancia con los puntos de vista de la Comisión.

17. La **Sra. Brelier** (Francia) no cree que sea prudente dejar la cuestión en manos del grupo de redacción, puesto que la propuesta del Japón supone enmiendas de fondo y no sólo de forma

18. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) pide que se considere la posibilidad de sustituir en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 11 del texto inglés la expresión “*party **to** the conciliation*” por la expresión “party in the conciliation”, a fin de corregir lo que parece ser un error tipográfico.

19. **El Presidente** responde a la observación de la representante de Francia diciendo que la Comisión podría perder mucho tiempo redactando el párrafo 1, una labor que es precisamente competencia del grupo de redacción. Por otra parte, todo nuevo enunciado se someterá posteriormente a consideración de la Comisión. Su intención no es delegar una tarea en el grupo de redacción, sino administrar más racionalmente el tiempo de que dispone la Comisión. En respuesta al representante de los Estados Unidos, el Presidente dice que examinará el error tipográfico junto con el Secretario de la Comisión.

20. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) explica que el grupo de redacción no se ocupará de la propuesta del Japón (aunque ésta sea coherente con los antecedentes de la disposición), sino de la decisión de fondo de extender el ámbito de aplicación del párrafo 1 a las partes en un procedimiento de conciliación, a otros participantes en dicho procedimiento y a todo tercero que, sin ser participante en un procedimiento de conciliación, esté vinculado a él de algún otro modo.

21. El **Sr. Morán Bovio** (España) está de acuerdo con la forma en que el Presidente y el Secretario de la Comisión han interpretado el debate y con la decisión, basada en el claro mandato establecido al respecto, de encomendar el párrafo 1 al grupo de redacción, el cual, en todo caso, presentará a la Comisión los resultados de su labor.

22. *Queda provisionalmente aprobado el párrafo 1 del proyecto de artículo 11.*

23. **El Presidente** explica que el párrafo 2 del proyecto de artículo 11 es un corolario del párrafo 1 y tiene la finalidad de que la información que se presente verbalmente o por vía electrónica entre en el ámbito del artículo.

24. *Queda provisionalmente aprobado el párrafo 2 del proyecto de artículo 11.*

25. **El Presidente** invita a los miembros de la Comisión a formular observaciones sobre el párrafo 3, relativo a la forma en que los tribunales de todo tipo pueden utilizar la información presentada en un procedimiento de conciliación, tema que el Grupo de Trabajo también ha examinado con detenimiento.

26. La **Sra. Moosa** (Singapur) pide que se aclare el sentido de la expresión "la ley", en la última oración del párrafo 3, y pregunta concretamente si abarca las órdenes judiciales en que se dispone la revelación de información. De ser así, a su delegación le preocupa la expresión en sí y el fondo de la cuestión. Estima que "la ley" ha de denotar sólo la ley escrita o legislación.

27. **El Presidente** opina que, a la luz de la primera parte del párrafo 3, ha de entenderse por "la ley" una ley o disposición legislativa escrita. Espera que si su interpretación es errónea, un miembro de la Comisión la aclare. Si la cuestión plantea problemas, podría tratarse en la Guía.

28. El **Sr. Reyes** (Colombia) pide que el grupo de redacción estudie la posibilidad de sustituir la palabra "divulgar" por "revelar" las dos veces que aparece en la versión española del párrafo 3. Con su solicitud pretende mantener la coherencia con las decisiones que adoptó la Comisión al respecto al examinar el artículo 9 del proyecto de ley modelo (A/CN.9/SR.742).

29. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) pide a los miembros de la Comisión que marquen a mano las modificaciones que deseen hacer en las versiones en otros idiomas y que las presenten al grupo de redacción.

30. *Quedan provisionalmente aprobados los párrafos 3, 4 y 5 del proyecto de artículo 11.*

Proyecto de artículo12. Conclusión de la conciliación

31. **El Presidente** explica que el proyecto de artículo se basa en las prácticas y reglamentos de las instituciones arbitrales.

32. La **Sra. Moosa** (Singapur) sugiere que se añada una expresión de carácter general que abarque mecanismos menos formalizados, como el acuerdo verbal entre partes, el desistimiento de una parte del procedimiento de conciliación, o la presentación de excusas de una parte a la otra y su aceptación por ésta.

33. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América), está de acuerdo con lo puntualizado por la representante de Singapur y sugiere que se suprima la expresión "por escrito" en los apartados b), c) y d), habida cuenta de que en ninguna otra disposición del proyecto de ley modelo se prevé una declaración oficial por escrito.

34. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) apoya la propuesta de los Estados Unidos de que se suprima "por escrito"; se pregunta, sin embargo, si no convendría añadir otro apartado que tratara de otros medios de dar por concluido el procedimiento, como el desistimiento y otros mecanismos que se apliquen por iniciativa de las partes y no por participación de un tercero.

35. El **Sr. Reyes** (Colombia) respalda las propuestas de las delegaciones de los Estados Unidos y de Singapur, por el hecho de que en ninguna otra parte del proyecto de ley modelo (por ejemplo, en el proyecto de artículo 10) se mencionan explícitamente las declaraciones por escrito y de que la expresión "por todo otro medio" abarca otras posibilidades.

36. Refiriéndose al título del proyecto de artículo, señala que sería más coherente con el resto del proyecto de ley modelo que fuera "Conclusión del procedimiento de conciliación". En Colombia la conciliación (o audiencia

de conciliación), en que las partes se reúnen para conciliar sus diferencias y solucionar la controversia, se diferencia del procedimiento conciliatorio, que se inicia cuando se presenta una solicitud verbalmente o por escrito.

37. El **Sr. Morán Bovio** (España) está de acuerdo con la propuesta de Singapur y la sugerencia de los Estados Unidos acerca de cómo enunciarla; no obstante, el hecho de que se supriman las palabras "por escrito" no ha de impedir que, si se justifica, se recurra a una declaración por escrito, e incluso a una declaración notarial. Al eliminarse "por escrito" se disiparán también las reservas expresadas por el observador de Australia.

38. Le parece correcto modificar el título del proyecto de artículo como lo ha propuesto el representante de Colombia por razones de uniformidad. Correspondería, pues, cambiar también el título en la versión inglesa ("Termination of conciliation").

39. **El Presidente** dice que la distinción entre conciliación y procedimiento conciliatorio no queda muy clara, ya que ambos conceptos denotan algún tipo de arreglo.

40. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) está de acuerdo en que se suprima "por escrito", aunque la expresión aparezca expresamente en reglamentos de arbitraje o de conciliación anteriores; después de todo, el pensamiento en la materia ha evolucionado. No es partidario de que se hagan otras modificaciones; si se especifica, por ejemplo, que se dará por concluido el procedimiento de conciliación adoptando ciertos "comportamientos", podrían generarse otros problemas.

41. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) sugiere que la Comisión examine las consecuencias que entrañaría permitir que se dé por concluido el procedimiento de conciliación de alguna otra forma (por acuerdo verbal, por desistimiento o adoptando ciertos comportamientos) en el contexto más amplio de los artículos 9, 10 y 11, o en circunstancias en que el Estado promulgante esté considerando la posibilidad de suspender el plazo de prescripción. Si bien las reglas de conciliación son en general muy flexibles, el Grupo de Trabajo consideró que en el proyecto de artículo 12 debía preverse una declaración por escrito para que quedara establecido con absoluta certeza que el procedimiento había concluido.

Se suspende la sesión a las 11.25 horas y se reanuda a las 12.10 horas.

42. **El Presidente** dice que, tras haber celebrado consultas oficiosas, la mayoría de las delegaciones parece inclinarse por la propuesta de los Estados Unidos, pero se han expresado opiniones acerca de otros aspectos del proyecto de artículo.

43. El **Sr. Jacquet** (Francia) puntualiza que, si bien su delegación contribuirá a formar consenso a favor de la propuesta de los Estados Unidos, no lo hará con mucha convicción. Señala en relación con el apartado d) que, cuando un contrato contiene una cláusula de conciliación, las dos partes están obligadas a esforzarse para que la conciliación prospere. Por consiguiente no debe permitirse que una parte mediante una simple declaración verbal dé por concluido un procedimiento que ni siquiera haya comenzado. Para prevenir la concreción de tan negativa posibilidad, propone que se añada la expresión "dentro de un plazo razonable" después de las palabras "al dirigir" (solución preferible a permitir que la obligación se cumpla en virtud de una simple reunión de las partes).

44. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que su delegación apoyará la propuesta de los Estados Unidos también en aras del consenso, aunque prefiere que se mantenga la expresión "por escrito" para evitar la suspensión del plazo de prescripción, que es una consecuencia bien conocida en el derecho alemán.

45. El **Sr. Lebedev** (Federación de Rusia) subraya que, tras deliberaciones exhaustivas, el Grupo de Trabajo optó por poner "declaración por escrito" no sólo por las consecuencias más amplias que ha destacado el Secretario de la Comisión, sino también por la relación que guarda con el artículo 14, que trata de la imposibilidad de entablar un procedimiento arbitral o judicial cuando las partes ya han acordado recurrir a un procedimiento conciliatorio. Será particularmente importante que medie una declaración por escrito inequívoca en los supuestos enunciados en los apartados b), c) y d), en los que se prevé la posibilidad de que las partes no lleguen a concertar un acuerdo de transacción y deban recurrir forzosamente a la vía judicial o arbitral.

46. Si la Comisión decide suprimir la expresión “por escrito”, aun cuando el Grupo de Trabajo, que está integrado por la mayor parte de los miembros de la Comisión, ya haya determinado que la expresión es importante, es muy probable que cada Estado considere necesario reintroducirla en el momento de aprobar la Ley Modelo. Ese será sin duda el caso de la Federación de Rusia.

47. También será necesario disponer de una certeza absoluta en el supuesto previsto en el apartado d), en que, como conjeturó el observador de Australia, al persistir una de las partes en adoptar un comportamiento pasivo (por ejemplo, no contestando comunicaciones o manteniéndose en silencio de alguna otra forma), la declaración de conclusión se convierte, en efecto, en un acto unilateral de una de las partes.

48. El **Sr. Maradiaga** (Honduras) desea que conste en acta que no está convencido de la conveniencia de suprimir la expresión “por escrito”. En el derecho alemán de inspiración romanista se asigna mucha importancia al hecho de que los acuerdos entre las partes queden fielmente consignados en un documento.

49. El **Sr. Graham** (México) aclara que, aunque convino en que se suprimiera la expresión “por escrito”, su delegación supone que los profesionales que intervengan en el procedimiento de conciliación velarán generalmente por que se haga una declaración por escrito.

50. Respecto del concepto de desistimiento en un procedimiento, sugiere que, en vez de añadir un apartado relativo a la intención racional de las partes de celebrar consultas, se introduzcan ligeros cambios en los apartados b) y d). Considera que los apartados b), c) y d) presentan ya una estructura adecuad y prevén con claridad las tres variantes de declaración.

51. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América), refiriéndose a la cuestión de la conclusión de un procedimiento conciliatorio por desistimiento o por ciertos comportamientos de las partes, dice que una posible solución es dejar la expresión “por escrito” en los apartados b), c) y d) y añadir un apartado e) que regule el supuesto en que una parte o algunas de ellas den por concluido el procedimiento de conciliación mediante la adopción de ciertos comportamientos. De no agregarse al texto ese otro apartado, habría que suprimir la expresión “por escrito” de los apartados b), c) y d).

52. En cuanto a la observación del representante de Francia de que las cláusulas contractuales obligan a las partes a celebrar un procedimiento de conciliación durante cierto tiempo, señala que, si bien las partes en una controversia pueden optar discrecionalmente por concertar tales contratos, el orador cree que no será apropiado que en el proyecto de ley modelo se fijen plazos. Para que el procedimiento de conciliación sea eficaz, todas las partes han de estar dispuestas a que se obtengan resultados positivos; de otra forma, se trataría de una práctica fútil.

53. Refiriéndose al deseo de la delegación de Alemania de que se mantenga la expresión “por escrito”en los apartados b), c) y d), explica que su delegación está de acuerdo en que a menudo es menester determinar con precisión la fecha de conclusión, en particular en aquellos Estados que han aprobado el artículo X, que figura como nota de pie de página del artículo 4. También es preciso definir con exactitud la fecha de inicio del procedimiento. Espera que en el proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo se disponga que los Estados que deseen aprobar el artículo X tendrán que plantearse debidamente fijar las fechas de inicio y conclusión del procedimiento conciliatorio.

54. El representante de la Federación de Rusia señaló que aunque en el apartado b) se establece que el conciliador debe consultar a las partes, esa disposición dejará de tener efecto en el supuesto de que una de ellas rehusara concurrir a las reuniones de consulta. Su delegación propone como posible solución sustituir las palabras “previa consulta con las partes” por “después de invitar a las partes a conciliar sus diferencias”.

55. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) apoya dos de las propuestas de los Estados Unidos, concretamente, la idea de enmendar el apartado b) para incorporar el concepto de invitación a las partes a acudir a la conciliación y la sugerencia de que en la Ley Modelo no se fijen las fechas del procedimiento de conciliación. Sin embargo, se

opone firmemente a que se añada un apartado e) si se mantiene la expresión “por escrito” en los otros apartados, puesto que ello podría dar lugar al tipo de problemas que señaló antes el Secretario de la Comisión.

56. El **Sr. Barsy** (Sudán) destaca que la expresión “por escrito” en los apartados b), c) y d) es muy importante porque en una declaración por escrito se deja constancia precisa de la conclusión del procedimiento conciliatorio. Además, la sugerencia de invitar a las partes a conciliar sus diferencias podría traer aparejados ciertos inconvenientes, como que sobrevinieran demoras imprevistas si las invitaciones no llegaban a su destino oportunamente.

57. **El Presidente** concluye que, pese a que algunas delegaciones han formulado objeciones, prevalece la posición de que conviene suprimir la expresión “por escrito”. Por otra parte, la propuesta de que se añada un apartado referente al comportamiento de las partes no cuenta con mucho apoyo, aun cuando despierta cierta inquietud la posibilidad de que una de las partes en la controversia se niegue a cooperar en el procedimiento de conciliación. Se prevé al respecto que se seguirá examinando la propuesta de enmendar el apartado b) para habilitar al conciliador o a un grupo de conciliadores a invitar a las partes a celebrar consultas.

58. Se observó también que, al existir un acuerdo de conciliación, no podrá concluirse el procedimiento sin que antes haya transcurrido cierto tiempo y las partes se hayan esforzado por impulsarlo. Se rebatió ese argumento sosteniendo que el supuesto de incumplimiento de un acuerdo de conciliación se regía por el derecho contractual y, por ende, no entraba en el ámbito de aplicación del proyecto de ley modelo.

59. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) respalda la opinión del observador de Finlandia y se opone enérgicamente a que se añada un apartado sobre el comportamiento de las partes o el desistimiento en un procedimiento de conciliación. Además, apoya la supresión de la expresión “por escrito”. Es preciso encontrar un punto medio entre la precisión excesiva y la incertidumbre. Está de acuerdo en que debe mantenerse la coherencia del texto de la Ley Modelo: si se determina que corresponde fijar límites temporales respecto de la conclusión del procedimiento conciliatorio, habrá que introducir una disposición análoga en el artículo 4.

60. Refiriéndose a la propuesta de Francia, señala que, si mediara un acuerdo, el artículo 14 podría servir convenientemente para asegurar la ejecutoriedad de tal acuerdo. Si no, será imposible obligar a las partes a que se reúnan, cuando ninguna de ellas esté dispuesta a hacerlo.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

Acta resumida de la 744ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el miércoles 19 de junio de 2002 a las 15.00 horas (A/CN.9/SR.744)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 53	1300

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, ocupa la presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 15.15 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

Proyecto de artículo 12. Conclusión de la conciliación (continuación)

1. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que comprende la preocupación por que el período de tiempo razonable propuesto por la delegación de Francia con respecto al apartado d) del proyecto de artículo 12 sea inaceptable, dado que esa cuestión atañe al contrato y no al proyecto de ley modelo. Sin embargo, en su opinión, no es juicioso hacer una distinción clara de esa índole entre el contrato entre las partes por el que se establece la conciliación y el proceso de conciliación de que se ocupa el proyecto de ley modelo. Dos de las situaciones en que las partes pueden dar por concluida la conciliación plantean un problema irritante en relación con el proyecto de ley modelo. En primer lugar, si una parte rehúsa participar desde el inicio, en el proyecto de artículo 4 se estipula que el hecho de no responder a una invitación en un plazo de 30 días debe ser considerado como un rechazo a la oferta de conciliación, sin que en el proyecto de artículo se abunde en las consecuencias de ese rechazo. En segundo lugar, si una parte da por concluido sin previo aviso un proceso ya iniciado, esa situación quedaría contemplada en las disposiciones de los apartados b) o d) del artículo 12. La propuesta del observador de Finlandia de insertar las palabras “después de invitar a las partes a conciliar sus diferencias” en el apartado b) es superflua, porque el proyecto de artículo 4, más bien que el 12, contendría las disposiciones pertinentes para el caso de que la conciliación no hubiera siquiera comenzado.

2. **El Presidente** dice que hay consenso a favor de conservar la versión del proyecto de artículo 12 formulada por el Grupo de Trabajo, excepto la expresión “por escrito”, que habría que suprimir. La Guía para la incorporación al derecho interno contendría una explicación de que las consecuencias del incumplimiento de un acuerdo de conciliación se derivarían del ordenamiento jurídico aplicable a ese acuerdo. La propuesta de Finlandia de enmendar el apartado b) probablemente crearía confusión, habida cuenta de las disposiciones idénticas contenidas en el artículo 15 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

3. Queda provisionalmente aprobado el proyecto de artículo 12.

Proyecto de artículo 13. Actuación del conciliador como árbitro

4. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que el segmento de frase “salvo acuerdo en contrario de las partes” es superfluo. De conformidad con la práctica que se ha seguido para los artículos anteriores, se lo debería suprimir.

5. El **Sr. Marsh** (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) dice que la descripción de “otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de un contrato conexo” es un poco estrecha. Es posible que surja otra controversia de una misma situación fáctica sin que haya necesariamente ninguna relación contractual, de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 1, en que se hace referencia a las controversias derivadas de una relación contractual o de otra relación jurídica.

6. El **Sr. Shimizu** (Japón) pregunta si “otra controversia” se refiere a controversias entre las mismas partes o entre partes diferentes.

7. **El Presidente** explica que el Grupo de Trabajo tuvo la intención de abarcar con la expresión “otra controversia” las controversias entre las mismas partes y entre partes diferentes.

8. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que, en opinión de la delegación de China, las palabras “salvo acuerdo en contrario de las partes” son sumamente importantes. Debería ser posible que las partes, si no han logrado un acuerdo después de la conciliación, convengan en continuar el proceso con la misma persona como árbitro. En el proyecto de ley modelo se debería respetar el derecho de las partes a concertar esos acuerdos privados. Si no es posible conservar todo el proyecto de artículo 13, hay que suprimirlo íntegramente.

9. **El Presidente** explica que la supresión del segmento de frase “salvo acuerdo en contrario de las partes” no significaría que el proyecto de artículo 13 se convirtiera en obligatorio. Se podrían aplicar aún las disposiciones del proyecto de artículo 3, por las que se permite a las partes modificar el texto de la Ley mediante acuerdo. El orador pide a las delegaciones que tengan presente que esas modificaciones serían simplemente de estilo.

10. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América), en apoyo de la opinión expresada por el representante de China, dice que es útil recordar a las partes su derecho a modificar mediante acuerdo las disposiciones contenidas en el proyecto de artículo 13, en vez de exigirles que descubran ese derecho por la lectura de un artículo diferente. Ello es particularmente importante para China, dado que, en ese país, en cientos de casos todos los años, el arbitraje se combina con la conciliación en un mismo procedimiento. Ese proceso está en la base de la solución de controversias en China y desempeña un papel central porque facilita el comercio internacional. Además, después de todo, la versión actual del texto se estableció tras un debate detallado en el Grupo de Trabajo y no se han ofrecido razones de peso para justificar su modificación.

11. En respuesta a la cuestión planteada por el representante del Reino Unido, el orador sugiere que se enmiende el texto a fin de que su tenor sea “otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de un contrato o una relación jurídica conexos”.

12. El **Sr. Rendón** (México) pregunta si sería aconsejable modificar el tenor del artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI al redactar el proyecto de artículo 13. Si bien ambos artículos son casi idénticos en otros aspectos, las palabras “ni como representante o letrado defensor de una parte, en ningún procedimiento arbitral o judicial” se han omitido en la actual versión del proyecto del artículo 13.

13. **El Presidente** dice que, aunque no logra recordar la razón de la omisión, el Grupo de Trabajo analizó debidamente el asunto.

14. El **Sr. Reyes** (Colombia) conviene en que debe haber una buena razón para que el proyecto de artículo 13 difiera del tenor del artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Además, el título del proyecto de artículo 13 no es apropiado. Más bien que “Actuación del conciliador como árbitro”, el título debería ser algo parecido a “No idoneidad del conciliador como árbitro”, dado que el título actual no refleja el contenido del artículo.

15. **El Presidente** dice que los párrafos 117 y 118 del informe del Grupo de Trabajo sobre su 35º período de sesiones (A/CN.9/506) contienen una explicación de la omisión de las palabras señaladas por el representante de México.

16. El Sr. **García Feraud** (observador del Ecuador) dice que, aunque en el artículo 3 se admite la posibilidad de modificar las disposiciones, el segmento de frase "salvo acuerdo en contrario de las partes" debería, no obstante, incluirse en otros artículos. Si bien en el proyecto de artículo 13 se establece la norma general de que el conciliador no debe actuar como árbitro, el hecho es que, en la práctica, un acuerdo entre las partes para permitir que un conciliador se convierta en árbitro sería una señal de confianza en la competencia y la conducta ética del conciliador. Respecto de la incompatibilidad de intervenir en asuntos relacionados con el mismo contrato o cualquier contrato conexo, podría ser útil hacer referencia no solamente a la relación jurídica posible con el asunto previamente tratado en el proceso de conciliación, sino también a la propia situación jurídica. El orador sugiere que la última parte del proyecto de artículo 13 tenga el tenor siguiente: "respecto de otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de cualquier otro contrato o relación o situación jurídicas".

17. El **Sr. Morán Bovio** (España) señala que en el párrafo 117 del informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/506) se explican las razones que llevaron al Grupo de Trabajo a aprobar el texto actual del proyecto de artículo 13. Se debería conservar ese texto, incluido el segmento de frase "salvo acuerdo en contrario de las partes". Ese segmento de frase se podría ampliar quizá con una referencia al derecho positivo, es decir, estipulando que la disposición debe estar permitida en virtud de las normas aplicables, dado que podría haber casos en que las normas del colegio de abogados o una organización similar prohibieran las medidas previstas. En todo caso, se debe conservar el segmento de frase inicial "salvo acuerdo en contrario de las partes".

18. La delegación de España está de acuerdo con las delegaciones del Ecuador, los Estados Unidos y el Reino Unido en que el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 13 debería ampliarse para abarcar no solamente el contrato o cualquier contrato conexo, sino también cualquier otra relación jurídica. Ello es particularmente importante porque en la primera parte del proyecto de artículo se admite la posibilidad de que las partes convengan en permitir a los conciliadores que sigan actuando, como árbitros, según, al parecer, es tradición en China.

19. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) dice que el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 13 debería limitarse a la cuestión de la actuación del conciliador como árbitro, sin tener en cuenta la cuestión de si actúa como representante. En aras de la claridad, el segmento de frase "salvo acuerdo en contrario de las partes" debería conservarse. La sugerencia formulada por el Reino Unido acerca "del mismo contrato o de un contrato conexo" podría ser muy estrecha. Una posibilidad sería que, como lo han sugerido los Estados Unidos, se agregaran las palabras "o relación jurídica". Sin embargo, quizá sería mejor decir "el mismo contrato o cualquier contrato conexo" o "la misma relación jurídica". El orador no tiene ninguna preferencia al respecto.

20. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que el proyecto de artículo debería centrarse en el árbitro y no en el representante. Con respecto al segmento de frase "salvo acuerdo en contrario de las partes", observa que hay amplio apoyo a la idea de conservarlo en el texto; sin embargo, desea recalcar que la razón por la que se propugna su supresión es que podría dar la impresión equivocada de que hay dos grados diferentes de autonomía de la voluntad de las partes. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes es un principio de aplicación general; el lector del texto podría pensar que otros artículos, que no empiezan con el segmento de frase en cuestión, son más obligatorios que, por ejemplo, el artículo 13. La cuestión podría resolverse conservando el segmento de frase en el proyecto de artículo 13, pero explicando en la Guía para la incorporación al derecho interno qué significa y por qué se lo ha conservado, a saber, sólo por las razones que ha señalado la delegación de los Estados Unidos.

21. Respecto de la propuesta del Reino Unido, el orador sugiere que en el texto se haga referencia a controversias estrechamente relacionadas entre sí, en vez de relaciones contractuales u otras relaciones jurídicas. De ese modo se abarcarían la relación contractual y otras relaciones jurídicas estrechamente relacionadas. En algunos sistemas jurídicos, podría haber también una relación entre contratos y responsabilidad extracontractual.

Por ello, el orador sugiere que el texto tenga el tenor siguiente: "... procedimiento conciliatorio ni respecto de otra controversia que se relacione estrechamente con esa controversia".

22. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que la delegación del Reino Unido está a favor de que se mantenga el segmento de frase "salvo acuerdo en contrario de las partes".

23. **El Presidente** observa que el Grupo de Trabajo ha estado enérgicamente a favor de que se conserve el segmento de frase "salvo acuerdo en contrario de las partes". Hay también amplio apoyo a la propuesta del Reino Unido de modificar el final del proyecto de artículo 13 para que diga: "de otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de un contrato o una relación jurídica conexos". Como lo ha pedido el observador de Suiza, la Guía para la incorporación al derecho interno contendría una explicación de la relación entre el proyecto de artículo 13 y las disposiciones en que se incluyera el segmento de frase "salvo acuerdo en contrario de las partes". Se haría además referencia a la práctica en algunos países, como China, de que un conciliador también actúe como árbitro.

24. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) sugiere que en el texto, en vez de hacer referencia a controversias que hayan surgido a raíz del mismo contrato o de un contrato o relación jurídica conexos, simplemente se haga referencia a una controversia que haya surgido a raíz de las mismas circunstancias fácticas.

25. El **Sr. Barsy** (Sudán) dice que el segmento de frase "o de un contrato conexo" es sumamente amplio; sería mejor modificarlo para hacer referencia a cualquier contrato que pueda relacionarse con la conciliación o quizá a un contrato ya mencionado durante la conciliación. El segmento de frase "de una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento de conciliación" no está claro. ¿Hace referencia a una controversia entre las mismas partes o entre otras partes? Sería mejor decir "en una controversia entre las dos partes de que se trate".

26. **El Presidente**, en relación con la primera cuestión planteada por el representante del Sudán, señala que ya se ha acordado aceptar la enmienda propuesta por el Reino Unido. El Grupo de Trabajo examinó la segunda cuestión planteada por el Sudán y llegó a la conclusión de que el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 13 debían ser no solamente las partes en una controversia, sino también otras partes. El asunto se ha analizado ya ampliamente.

27. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de artículo 13, en su forma enmendada.*

Propuesta presentada por China

28. El **Sr. Tang** Houzhi (China) señala la versión original del proyecto de artículo 16 (A/CN.9/506, párr. 130), titulada "Actuación del árbitro como conciliador", y recuerda que, aunque no hubo oposición al contenido del artículo, el Grupo de Trabajo lo suprimió y decidió que se incluyera una nota explicativa en la Guía para la promulgación. Algunas delegaciones han opinado que la disposición debería figurar en una ley modelo sobre el arbitraje, más bien que en una ley sobre la conciliación. China no está de acuerdo con esa posición, porque en por lo menos cuatro artículos del proyecto de ley modelo sobre la conciliación comercial internacional se menciona el arbitraje; por ello, no se podría decir que el arbitraje carece de pertinencia.

29. Además de China, hay aproximadamente 20 ó 30 países, tanto orientales como occidentales, que, en virtud de su derecho interno y sus prácticas, permiten que los árbitros actúen como conciliadores en el proceso de arbitraje. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Sociedad de Árbitros Marítimos también permiten esa posibilidad. Muchos otros países no dejan que los árbitros actúen como conciliadores. Suprimir la versión original del proyecto de artículo 16 (A/CN.9/506, párr. 130) no conduciría al desarrollo y mejoramiento del derecho en esos 20 ó 30 países, ni en China. La delegación de China sugiere que, en vez de considerar la versión original del proyecto de artículo 16 como un artículo oficial, se la incluya como un artículo opcional. En consecuencia, figuraría en una nota de pie de página como artículo Y.

Se suspende la sesión a las 16.30 horas y se reanuda a las 17.10 horas.

30. El **Sr. Milassin** (Hungría) dice que la delegación de Hungría está dispuesta a apoyar la propuesta de China de que se vuelva a incluir en la Ley Modelo el antiguo proyecto de artículo 16, como nota de pie de página del actual proyecto de artículo 13, aunque se relacione con una situación de arbitraje. En Hungría, ocurre que las normas nacionales por las que se rige la conciliación pertenece al reglamento de los tribunales de arbitraje. Los húngaros tienen poca experiencia en materia de conciliación, pero prevén que ésta podría ser útil en el futuro.

31. El **Sr. Joko Smart** (Sierra Leona) dice que, inicialmente, la delegación de Sierra Leona opinó que una Ley Modelo sobre la conciliación no era el lugar donde se debía tratar de si un conciliador era competente para actuar como árbitro. Sin embargo, dado que se tiende a alentar la conciliación en el contexto del arbitraje, esa delegación apoyaría la propuesta de China.

32. La **Sra. Moosa** (Singapur) dice que la delegación de Singapur apoya la propuesta de China, que guarda relación con el marco jurídico de Singapur en materia de arbitraje. La inclusión del texto del antiguo proyecto de artículo 16 sería una transacción útil.

33. El **Sr. Miki** (Japón) dice que la delegación del Japón opinó en debates anteriores que el lugar que correspondía al antiguo proyecto de artículo 16 era una ley sobre el arbitraje, no sobre la conciliación, pero actualmente no tiene inconveniente en que la disposición se incluya en una nota de pie de página. Sin embargo, parecería más apropiado colocarla en una nota de pie de página del apartado a) del párrafo 8 del artículo 1, en que se hace referencia a la misma situación, en que un juez o un árbitro pone en marcha, en el curso del procedimiento en un tribunal judicial o arbitral, un proceso de conciliación.

34. La **Sra. Göth-Flemmich** (Austria) dice que la delegación de Austria simpatiza con la posición de China, pero no entiende cómo el proyecto de artículo 13 y el antiguo proyecto de artículo 16 podrían figurar en un mismo texto, incluso si se colocara el segundo artículo en una nota de pie de página, ya que son contradictorios entre sí. Quizá una mejor solución sería eliminar el proyecto de artículo 13. Los países que han aprobado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional no lo necesitarían; cualquier parte que no desee aceptar como árbitro a un antiguo conciliador podrá impugnar el nombramiento.

35. **El Presidente** dice que el Grupo de Trabajo analizó exhaustivamente los dos proyectos de artículo y acordó ampliamente que se debía conservar en el texto el proyecto de artículo 13.

36. La **Sra. Chadha** (India) dice que la delegación de la India apoya la propuesta de China, en la que se sugiere, en forma no inapropiada, otro modo en que un árbitro podría fomentar la conciliación.

37. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos) dice que la delegación de los Estados Unidos lamenta que deba poner reparos cuando tantas delegaciones han expresado su apoyo a la propuesta de China. El antiguo proyecto de artículo 16 se analizó ampliamente en los períodos de sesiones 34º y 35º del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y se rechazó porque no tenía cabida en una ley modelo sobre la conciliación. La delegación de los Estados Unidos está preocupada incluso por el hecho de que el artículo pueda figurar en una nota de pie de página, porque podría constituir una trampa para los incautos. Los países que estudien actualmente la posibilidad de incorporar la disposición a su legislación nacional en materia de conciliación deberían ser conscientes de los posibles peligros para sus nacionales en otras jurisdicciones, donde el principio contenido en la disposición viola el ordenamiento jurídico y los códigos de ética a nivel nacional. Por ejemplo, en las normas éticas para el arbitraje internacional de la Asociación Internacional de Abogados se dispone que, si un árbitro actúa como conciliador, normalmente quedará descalificado para cualquier participación futura en actividades de arbitraje. Por efecto de esas discrepancias, se podría desalentar la conciliación internacional. La delegación de los Estados Unidos estima que, si la disposición ha de conservarse, ello sólo debería ocurrir en la Guía para la incorporación al derecho interno, acompañada de las advertencias pertinentes.

38. El **Sr. Graham** (México) dice que en la legislación de México no figura ninguna disposición acerca de la actuación de los árbitros como conciliadores o viceversa. El tenor del actual proyecto de artículo 13 ha evolucionado con el tiempo hacia una interpretación más liberal. La norma de que un conciliador no debería ser más adelante el árbitro en una misma controversia no es obligatoria. El segmento de frase inicial “salvo acuerdo

en contrario de las partes" asegura que no se excluya una opción que algunas otras delegaciones consideran deseable. Sin embargo, la inclusión de una nota de pie de página para estipular una norma relativa al ámbito del arbitraje podría crear confusión.

39. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que el representante del Japón tiene razón en vincular el antiguo proyecto 16 con el apartado a) del párrafo 8 del artículo 1; en efecto, ambas disposiciones se relacionan con el mismo tema, pero resultan contradictorias cuando se las examina. En el apartado a) del párrafo 8 del proyecto de artículo 1 se afirma que la Ley Modelo no será aplicable a los casos en que el árbitro ponga en marcha un proceso de conciliación, mientras que en el antiguo proyecto de artículo 16 se intenta establecer una norma precisamente para esa situación.

40. El proyecto de artículo 13 y el antiguo proyecto de artículo 16 parecen contradictorios en principio, aunque se refieren a situaciones algo diferentes entre sí. En el proyecto de artículo 13, el conciliador no puede actuar como árbitro de un mismo asunto después del fracaso de un procedimiento de conciliación, mientras que en el antiguo proyecto de artículo 16 se postula la situación que es normal en China y algunos otros países, donde un árbitro puede actuar como conciliador en un procedimiento de arbitraje. Sin embargo, como lo ha señalado México, en el proyecto de artículo 13 se abre la posibilidad de que haya flexibilidad, ya que la disposición se inicia con el segmento de frase "salvo acuerdo en contrario de las partes".

41. El **Sr. Lebedev** (Federación de Rusia) hace hincapié en la complejidad de los problemas que plantea la propuesta de China. El antiguo proyecto de artículo 16 se suprimió del texto de la Ley Modelo en vista de los debates, en los dos períodos de sesiones anteriores de la Comisión, sobre las dificultades que causaría. Sin embargo, gran número de países parece contar con una disposición de esa índole en su derecho actual, de modo que, en principio, no hay objeción a que los Estados incorporen una disposición semejante cuando aprueben la Ley Modelo. El principal problema actualmente es encontrar una fórmula de transacción que refleje la disposición en el texto de la Ley Modelo. Ignorarla por completo sería la solución más fácil, pero no concordaría con los esfuerzos de la Comisión por encontrar soluciones aceptables para una mayoría de Estados. Como el representante de los Estados Unidos, el orador preferiría colocar la disposición en la Guía para la incorporación al derecho interno. Quizá, ello podría satisfacer el interés de China y otros países en que la Comisión apruebe un texto que refleje su propia práctica y puedan incorporar en el futuro a su propia legislación. Ello no afectaría a países como Rusia y la India, en cuyo derecho en materia de arbitraje se prohíbe la práctica de combinar éste con la conciliación.

42. El **Sr. Jacquet** (Francia) reconoce que en los sistemas jurídicos de varios países, además de China, se admite la práctica de combinar la conciliación con el arbitraje. Por cuya razón, simpatiza con la propuesta de China y estima que la Comisión debería esforzarse por lograr una síntesis que reflejase tantas tendencias como fuera posible. Pero la técnica de incluir notas de pie de página o artículos opcionales no es deseable y no se debería aplicar en este caso, porque significaría quitarle sentido y vigor a la Ley Modelo. Queda ya claro que el enfoque minimalista consistente en incluir en la Guía para la incorporación una observación sobre la práctica de combinar el arbitraje y la conciliación sería ampliamente aceptable, pero no para China. La única otra posibilidad sería una nota de pie de página en el proyecto de artículo 1. Sin embargo, el antiguo proyecto de artículo 16 no podría reincorporarse de esa forma, porque se trata del enunciado de una norma. Toda nota de pie de página debe ser puramente descriptiva e indicar sólo que, en algunos países, se admite la práctica de combinar el arbitraje y la conciliación.

43. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que tiene reparos en hacer suya la propuesta de que el antiguo proyecto de artículo 16 se incluya como nota de pie de página en el párrafo 8 del artículo 1 o en el artículo 6, ya que ello podría causar problemas con respecto al ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Según el párrafo 8 del proyecto de artículo 1, la Ley Modelo no será aplicable a los casos en que un juez o un árbitro ponga en marcha, en el curso del procedimiento en un tribunal judicial o arbitral, un proceso de conciliación. El Grupo de Trabajo decidió esa exclusión porque, en esos casos, las normas de la Ley Modelo no serían apropiadas. Sin embargo, ello no significa que a un árbitro le esté prohibida una actuación de esa índole. Las normas nacionales sobre el

arbitraje o las de la Asociación Internacional de Abogados podrían impedir que un árbitro actuara como conciliador, pero la Ley Modelo es totalmente neutral al respecto. Por ello, sería sumamente problemático colocar el antiguo proyecto de artículo 16 en nota de pie de página. Ello podría también entrar en conflicto con el proyecto de artículo 13. Además, el antiguo proyecto de artículo 16 se refiere al arbitraje, no a la conciliación, y no tiene cabida en la Ley Modelo. El orador está, en consecuencia, de acuerdo con el representante de los Estados Unidos en que lo mejor sería resolver el problema en el contexto de la Guía para la incorporación al derecho interno.

44. **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que está de acuerdo con las declaraciones del representante de los Estados Unidos y el observador de Suiza. No apoya la propuesta de China.

45. El **Sr. Correia** (observador de Portugal) dice que simpatiza con la postura de la delegación de China, pero, de las dos hipótesis posibles -un conciliador al que se prohíbe actuar ulteriormente como árbitro y un árbitro que actúa como conciliador después de haber iniciado un procedimiento de arbitraje-, en la Ley Modelo se contempla solamente el primer caso. Cuando se examinó el antiguo proyecto de artículo 16, se decidió excluirlo de la Ley Modelo precisamente porque se relacionaba con el procedimiento de arbitraje. Por ello, el orador hace suyas las opiniones del representante de Francia y el observador de Suiza. El proyecto de artículo 13 debería conservarse como está. Sin embargo, el orador podría estar de acuerdo con la inclusión, en la Guía para la incorporación al derecho interno, de una nota en que se explicase la práctica de combinar el arbitraje y la conciliación en el contexto del párrafo 8 del artículo 1.

46. El **Sr. Reyes** (Colombia) dice que, habida cuenta de la disposición contenida en el párrafo 8 del artículo 1, una nota de pie de página con las características propuestas por China resultaría confusa. Para atender a las preocupaciones de esa delegación, el orador podría apoyar la propuesta de aclarar el problema en la Guía para la incorporación al derecho interno e incluir allí una referencia al proyecto de artículo 1.

47. El **Sr. Cosman** (Canadá) dice que parece haber la idea equivocada de que el Canadá admite la práctica de combinar la mediación con el arbitraje; no es así. El orador tampoco apoya la idea de volver a utilizar el antiguo proyecto de artículo 16 en forma de una nota de pie de página.

48. El **Sr. Mirzaee-Yengejeh** (República Islámica del Irán) dice que en el proyecto de artículo 13 se reconoce una norma habitual, por la que se prohíbe la combinación de dos prácticas contradictorias entre sí. Al orador le atrae la transacción sugerida por el representante de Francia. Quizá se podría incluir una nota de pie de página en el proyecto de artículo 13, simplemente para señalar que en algunos países se admite esa práctica. El grupo de redacción debería revisar el título del proyecto de artículo 13. “Actuación del conciliador como árbitro” no parece un título apropiado, dado que el propósito del artículo es prohibir que los conciliadores actúen como árbitros.

49. **El Presidente** dice que el grupo de redacción revisará el título del artículo.

50. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que está de acuerdo con las observaciones del representante de los Estados Unidos y toma nota de que otras delegaciones las han apoyado. Si se incluye una referencia al problema en la Guía para la incorporación al derecho interno, el mejor lugar para ello serían las observaciones sobre el artículo 13, más bien que sobre el artículo 1. El artículo 1 se refiere al ámbito de aplicación de la Ley Modelo, no a asuntos de práctica o a lo que conciliadores y árbitros pueden y no pueden hacer.

51. El **Sr. Barsy** (Sudán) dice que no puede apoyar la propuesta de China. El antiguo proyecto de artículo 16 contradice directamente la disposición que figura en el párrafo 8 del artículo 1.

52. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que comprende que la Comisión tenga que adoptar una posición neutral sobre la cuestión y esté muy interesada en promover el desarrollo de la conciliación internacional en asuntos comerciales. Sin embargo, hasta donde recuerda, cuando el Grupo de Trabajo analizó el proyecto de artículo 16 no se formularon objeciones a su contenido. La decisión de excluirlo de la Ley Modelo se debió a que, supuestamente, la actuación de los árbitros no tenía cabida en el texto. Sin embargo, en por lo menos cuatro de los proyectos de artículo sí se menciona a los árbitros, de modo que no parece haber una razón válida por la que

no se los pueda mencionar como en el antiguo artículo 16. Al entender del orador, más de 20 países están interesados en la relación entre el arbitraje y la conciliación. Ambas prácticas van aparejadas y se las debería tener en cuenta en la Ley Modelo.

53. **El Presidente** dice que el asunto se analizó ampliamente en el Grupo de Trabajo, que, como transacción, ofreció incluir en la Guía para la incorporación al derecho interno una declaración en que se explicara que en algunos países se permitía desempeñar los papeles de conciliador y árbitro en forma combinada. No es política de la Comisión prohibir esa práctica.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

Acta resumida de la 745ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el jueves 20 de junio de 2002 a las 10.00 horas (A/CN.9/SR.745)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 52	1308

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), ocupa la presidencia el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario.

Se declara abierta la sesión a las 10.15 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

Artículo10. Deber de confidencialidad (continuación)

1. **El Presidente** invita a la Comisión a reanudar el examen del artículo10, que está pendiente.

2. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que el título, “Deber de confidencialidad” implica responsabilidad en caso de incumplimiento de ese deber, especialmente cuando se le suma una definición tan amplia de la conciliación como la contenida en el párrafo 2 del artículo 1. Por ello desea proponer una solución de compromiso que permita reconciliar las inquietudes que tiene su delegación respecto de la aplicación nacional de esta disposición en el marco del derecho de tradición anglosajona y el deseo de la Comisión de conservar un lenguaje firme respecto de la confidencialidad. Se suprimirían las palabras “Deber de”, reflejando el título del artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y en el proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo (A/CN.9/514) se insertaría el siguiente párrafo:

> “Al redactarse este artículo se ha pretendido que cuando un tribunal de cualquier índole estudiara una alegación, conforme la cual una persona no había cumplido el artículo 10, tuviera que tomar en consideración las pruebas sobre la conducta de las partes que demostraran que éstas conocían o desconocían la existencia de un procedimiento conciliatorio con la consiguiente obligación de mantener la confidencialidad. Los Estados que promulguen la Ley Modelo tal vez deseen aclarar el sentido del artículo 10 para reflejar esta interpretación.”

3. **El Presidente**, insta a la Comisión a examinar la propuesta con flexibilidad, ya que su costumbre es buscar soluciones imaginativas cuando un Estado está particularmente inquieto por la aceptabilidad de una disposición en su ordenamiento jurídico.

4. El **Sr. Marsh** (Reino Unido), después de expresar su apoyo general a las modificaciones propuestas por el representante de los Estados Unidos, dice que es partidario de suprimir la última frase, ya que parecería sugerir que el texto actual de la Ley Modelo no refleja claramente la intención del redactor.

5. El **Sr. Lebedev** (Federación de Rusia) dice que su delegación esta dispuesta a aceptar el cambio propuesto en el título, en el entendimiento de que el conciliador y las partes estarán obligados a mantener la confidencialidad del procedimiento de conciliación. Indudablemente es importante que el resultado de la labor de la Comisión sea aceptable para ordenamientos jurídicos diversos, motivo por el cual el orador apoya la inclusión del texto propuesto en el proyecto de guía. También es importante conservar la última frase de ese texto, que se limita a señalar a los Estados que han de promulgarla que el asunto puede requerir una mayor aclaración.

6. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia), dice que su delegación apoya plenamente la modificación propuesta y es partidario de mantener la última frase, que podría ser de utilidad a determinados Estados.

7. El **Sr. Morán Bovio** (España), se hace eco de las opiniones expresadas por los dos oradores anteriores y dice que su delegación apoya incondicionalmente la propuesta de los Estados Unidos. Hay que conservar la frase en cuestión e incluirla en la Guía, ya que aclara la falta de unanimidad sobre la cuestión en el seno de la Comisión y alerta a los países sobre la importancia de tratar con cuidado este precepto.

8. El **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) dice que apoya el cambio de título, pero está preocupado porque el párrafo propuesto, en su redacción actual, puede exceder el alcance propio de una ley modelo. Como está claramente destinado a los árbitros o jueces que pueden tener que entender en un acto de incumplimiento de la obligación de confidencialidad, se refiere a procedimientos regidos por otros sistemas normativos.

9. La **Sra. Moosa** (Singapur) dice que no se opone, en principio, a la propuesta. El texto propuesto encaja bien en la Guía, ya que su intención es señalar a la atención de los Estados las posibles ramificaciones de la disposición.

10. El **Sr. Shimizu** (Japón) dice que, si bien su delegación no tiene objeciones a la propuesta y se siente complacida por el espíritu de colaboración con que fue presentada, se agradecería una ulterior aclaración. Dado que el problema planteado por el representante de los Estados Unidos está, evidentemente, relacionado con la definición amplia de conciliación que figura en el artículo 1, se podría decir que el texto propuesto será aplicable en todo caso en que se dude si se ha efectuado una conciliación.

11. La **Sra. Renfors** (Suecia) se alegra de que se haya propuesto el texto para incluirlo en la Guía y no en la propia Ley Modelo. Con la esperanza de satisfacer las inquietudes expresadas por el representante del Reino Unido y por el observador de Finlandia, su delegación propone una modificación a la última frase, a saber: “Al promulgar la Ley Modelo determinados Estados tal vez deseen hacer una aclaración respecto del artículo 10 para reflejar esa interpretación”.

12. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que no se opone a la reforma propuesta por la última oradora. Con respecto a la cuestión planteada por el representante del Japón, en realidad, en relación con el párrafo 2 del artículo 1, su delegación había sugerido que la Guía contuviera una mención que aclarara las circunstancias en que se considerará que existe una conciliación. Está firmemente convencido de que el punto se debe subrayar especialmente en el artículo 10.

13. La **Sra. Brelier** (Francia) propone que el título del artículo 10 sea “Confidencialidad de la conciliación”.

14. **El Presidente** considera que no hay objeciones a que el título del artículo 10 se modifique conforme a la propuesta del representante de los Estados Unidos con la modificación del representante de Francia, y que la Comisión también acuerda incluir en el proyecto de guía el texto propuesto por los Estados Unidos, con la modificación propuesta por el representante de Suecia. En el mismo artículo se conservarán las palabras “salvo de otra forma” ya que se objetó su supresión.

15. *Así queda acordado*.

Proyecto de artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

16. El **Sr. Graham** (México), refiriéndose al párrafo 2, propone que se supriman las palabras "según su exclusivo criterio", para garantizar que la iniciación de un procedimiento arbitral o judicial se rija solamente por criterios objetivos y que la protección prevista en el párrafo 1 no resulte ineficaz.

17. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que no está claro si la parte debe cumplir con el mandamiento judicial. La revisión de la norma contenida en el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI ha provocado involuntariamente una ambigüedad al crear una yuxtaposición, tan enérgica de los derechos de las partes, por un lado, y, por otro, la función del juez o tribunal de hacer cumplir las condiciones de un acuerdo de conciliación. El conflicto entre los dos párrafos desaparecería si se refundieran en un solo y si las palabras "No obstante, una parte podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial cuando, según su exclusivo criterio, estime necesario tal procedimiento" se reemplazaran con el siguiente texto: "salvo que una de las partes lo considere necesario," esta modificación podría servir también para satisfacer la inquietud planteada por el orador anterior.

18. El **Sr. Jacquet** (Francia) pregunta si se podría considerar que la primera frase del párrafo 2 se refiere al procedimiento judicial basado en una medida cautelar.

19. Junto a la norma de que el conciliador no puede ser árbitro y a la norma de que la conciliación debe ser confidencial, el artículo en examen encarna uno de los principios más importantes en juego en la ley modelo, vale decir que la conciliación es incompatible con el procedimiento arbitral o judicial. Es lamentable que la norma se haya presentado en una versión truncada. La versión original (párrafo 124 del documento A/CN.9/506) contenía además un primer párrafo que aclaraba el principio general, pero ese párrafo fue suprimido, alegando injustificadamente que tenía "una formulación demasiado amplia". Como el artículo no se puede comprender plenamente sin el texto suprimido, su delegación es partidaria de volver a insertar la primera frase que existía en el original, vale decir: "En el curso de un procedimiento conciliatorio las partes no podrán entablar procedimiento arbitral o judicial alguno respecto de la controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, obligación a la que el tribunal judicial deberá dar efecto".

20. Con la redacción actual del artículo no se responde a la cuestión de qué se ha de decidir cuando las partes hayan acordado una conciliación pero no hayan renunciado expresamente a iniciar un procedimiento arbitral o judicial durante un plazo determinado. Ahora los jueces -a quienes seguramente también está dirigido el artículo 14- no encontrarán una respuesta a la pregunta de si deben declararse competentes cuando una parte en una conciliación se dirija a ellos. Esta cuestión no puede dejarse sin respuesta en la ley modelo. La primera frase en el texto original contenía el principio requerido por los Estados a fin de determinar en qué medida la conciliación debe ser reconocida y debe pasar a la jurisdicción nacional. Sin esa frase se corre el riesgo de que se utilice la disposición en una forma curiosamente regresiva, que sería contraria al Reglamento de Conciliación de la CNUDMI y a la mayoría de las normas de conciliación vigentes en el mundo.

21. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) responde a la pregunta del delegado de Francia y dice que la filosofía del proyecto anterior era que la ley modelo reconociera un acuerdo entre las partes en conciliación (de haberlo), de renunciar al procedimiento arbitral o judicial. A ese respecto la ley modelo no trata de proteger a las partes contra sí mismas. Una vez que las partes se han sometido realmente a una conciliación, cambian las circunstancias en que se puede iniciar un procedimiento arbitral o judicial.

22. El **Sr. Lebedev** (Federación de Rusia), con referencia a la propuesta de los Estados Unidos de refundir los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 14, pregunta si los cambios en la redacción de esa disposición incluirían la supresión de la última frase del párrafo 2, pues entonces se podría considerar que una parte que haya iniciado el procedimiento judicial o arbitral, pese a haber renunciado expresamente a él no ha cumplido su acuerdo de someterse a conciliación o ha puesto fin al procedimiento de conciliación.

23. El **Sr. Sillapamahabundit** (Tailandia) dice que su delegación está preocupada por la frase "en tanto no se cumplan las condiciones del acuerdo" que figura en la última oración del párrafo 1 del artículo 14, ya que

parecería ser el equivalente de suspender la competencia de un tribunal. Ese acuerdo lo conciertan las partes en el procedimiento de conciliación y crea una obligación para ellas y no para el tribunal judicial o arbitral. El orador se inclina por la redacción utilizada en el artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

24. El **Sr. Morán Bovio** (España) dice que se han planteado tres cuestiones separadas en relación con el proyecto de artículo 14. La primera es la inquietud del representante de México de hacer menos subjetivo el párrafo 2 suprimiendo la frase "según su exclusivo criterio", una propuesta que inquieta a su delegación por lo difícil que es lograr una objetividad absoluta. La segunda es la sugerencia de la delegación de los Estados Unidos de refundir los párrafos 1 y 2 que el delegado no termina de comprender y sobre la cual pide aclaración. La tercera es la propuesta de la delegación francesa de volver a un texto que el Grupo de Trabajo ya cambió, pero el orador no considera necesario tratarla porque otros acuerdos similares no plantean problemas. Insta a que estas cuestiones se examinen separadamente para no olvidarse de alguna de ellas.

25. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) coincide con el orador anterior en que las tres cuestiones deben tratarse por separado. Con respecto a la primera cuestión, planteada por la delegación de México, coincide con el representante de España en que la objetividad total sería imposible de lograr. Con respecto a la segunda cuestión, la propuesta de su propia delegación, responde a la pregunta de la delegación de la Federación de Rusia señalando que la intención no es cambiar el fondo del texto actual sino, simplemente, suprimir lo que, según ese texto, parecía ser un conflicto entre la obligación de un tribunal judicial o arbitral de hacer cumplir toda renuncia de las partes de iniciar una acción arbitral o judicial y el derecho de una parte de iniciarla para salvaguardar sus derechos. En su opinión, si existen dos párrafos separados este conflicto percibido se refuerza, pero al unirlos se reduce. La modificación propuesta no altera la última frase del párrafo 2.

26. Con respecto a la tercera cuestión, planteada por la delegación de Francia, el orador dice que el Grupo de Trabajo ya examinó detalladamente el texto referente al recurso al procedimiento arbitral o judicial, y no vio la necesidad de incluir una obligación separada de las partes de no iniciar una acción judicial o arbitral cuando no hubiesen renunciado previa y específicamente a hacerlo.

27. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que la propuesta francesa lo ha sorprendido, teniendo en cuenta el debate sobre la propuesta china de reinsertar el artículo 16 del proyecto de ley modelo (A/CN.9/SR.744) dado que se alegó repetidamente que ese proyecto regulaba la conciliación y no el arbitraje o la acción judicial. Pese a este argumento, el proyecto de artículo 14 parece orientarse exactamente hacia esta materia.

28. El **Sr. Talpis** (observador del Comité Consultivo sobre el Artículo 20 y 22 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte), refiriéndose a la propuesta francesa, señala que difícilmente las partes decidan recurrir a la conciliación en una controversia internacional sin un marco jurídico para dicha conciliación que excluya el recurso a un procedimiento alternativo, donde fuera que pudieran tener lugar. Esta es una disposición muy común en los acuerdos de arbitraje. El párrafo 1 del proyecto de artículo 14 parece garantizar el cumplimiento del acuerdo de conciliación, pero quizás no avance lo suficiente por ese camino, ya que el cumplimiento depende de que las partes hayan renunciado a iniciar un procedimiento judicial o arbitral durante un tiempo determinado o hasta después de acontecido determinado hecho. Para garantizar el cumplimiento, las partes deberán tener presente la necesidad de que exista esa condición expresa y deberán coincidir sobre su contenido.

29. Pero en la práctica los acuerdos de conciliación no siempre son negociados por abogados y no siempre contienen estas condiciones. Como resultado de ello el proyecto de artículo 14 parece dejar la suerte de esos acuerdos librada a la legislación nacional: podrían hacerse cumplir en un país pero no en otro. El orador pide a la Comisión que considere la posibilidad de agregar al párrafo 1 del proyecto de artículo 14 o a la Guía, un texto en el sentido de que, incluso sin esas condiciones, el procedimiento arbitral o judicial no se iniciará hasta haber intentado de buena fe un arreglo.

30. El **Sr. Graham** (México) desea exponer el motivo por el que su delegación ha sugerido suprimir la frase "según su exclusivo criterio" del párrafo 2 del proyecto de artículo 14. Al hacerlo se establecería un intervalo en el cual el procedimiento judicial o arbitral no se podría iniciar. Esto es importante, porque en algunas

jurisdicciones, incluida la mejicana, los procedimientos judiciales son difíciles de iniciar por requerir una preparación exhaustiva del caso. El riesgo es que una parte que contemple iniciar este tipo de procedimiento dedique tiempo a prepararlo en vez de dar una oportunidad a la conciliación. Si se suprime la mención "según su exclusivo criterio" se destaca que para iniciar tales procedimientos hacen falta buenas razones.

31. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) desea formular varias observaciones relacionadas con la pregunta de la delegación francesa. En primer lugar, considera que el párrafo 2 permite a una parte que cree necesario conservar sus propios derechos para pedir una medida cautelar o cualquier otra diligencia que no llegue a ser un procedimiento judicial pleno. De hecho en muchos ordenamientos jurídicos se supone que cumplido un plazo determinado a esta medida cautelar sigue el procedimiento judicial, de lo contrario caduca la medida cautelar.

32. En segundo lugar, es partidario de conservar un cierto grado de subjetividad en el derecho de iniciar un procedimiento judicial o arbitral y, por lo tanto, apoya la propuesta presentada por la delegación de los Estados Unidos de especificar que la decisión de una parte de hacerlo así reflejará su propia evaluación de la situación (de allí la frase "en su opinión").

33. En tercer lugar, su deseo de conservar una cierta subjetividad en la decisión de la parte de iniciar un procedimiento judicial o arbitral deriva de la posibilidad de que una parte en una conciliación pueda detener el progreso simplemente con su pasividad, dejando a la otra parte sin más alternativa que iniciar dicho procedimiento. Propone que esa eventualidad se agregue a la lista del párrafo 76 del proyecto de guía de las circunstancias que podrían requerir la iniciación de un procedimiento arbitral o judicial.

34. En cuarto lugar, con respecto a la propuesta francesa de impedir la iniciación de un procedimiento arbitral o judicial aun cuando las partes no hayan renunciado expresamente a ello, el orador considera que esta medida de tan largo alcance es riesgosa porque sus consecuencias podrían, incluso, llegar a afectar los derechos constitucionales de la persona cuando uno de esos derechos sea el recurso a los tribunales.

35. **El Presidente** dice que se han suscitado varias cuestiones, pero que no se vislumbra ninguna opinión clara. Propone suspender la reunión para realizar consultas.

Se suspende la reunión a las 11.35 horas y se reanuda a las 12.15 horas.

36. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) dice que desea formular varios comentarios sobre el proyecto de artículo 14. En primer lugar, con respecto a lo dicho por la delegación alemana de que el artículo está fuera de lugar en una ley modelo que trata de la conciliación, no está de acuerdo porque la disposición es en realidad necesaria. En segundo lugar, con respecto a los comentarios de la delegación de Francia, el orador considera que la mención de una renuncia expresa al procedimiento arbitral o judicial en el párrafo 1 es necesaria, tal como decidió el Grupo de Trabajo. En tercer lugar, con respecto a los cambios de redacción propuestos por la delegación de los Estados Unidos, piensa que constituyen una clara mejora. Agregar la frase "en su opinión" refleja la redacción del artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. En cuarto lugar, con respecto al riesgo mencionado por el observador de Suiza de que una parte pueda detener el procedimiento de conciliación al permanecer pasiva, forzando a la otra parte a iniciar una acción arbitral o judicial, dice que la solución está en el proyecto de artículo 12; el compromiso de no iniciar un procedimiento judicial o arbitral está estrechamente relacionado con el compromiso de someterse a conciliación.

37. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión), dice que no desea interrumpir el debate, pero sí señalar que la secretaría ha recibido una pregunta sobre el proyecto de ley modelo enviada por el sector de la construcción, donde los contratos suelen establecer que, por un plazo determinado, que empieza a correr después de acaecida una controversia, las partes tratarán de resolverla con un ingeniero. Durante ese plazo las partes no iniciarán acción judicial salvo para solicitar una medida cautelar. El sector de la construcción preguntó si el proyecto de artículo 14 en su redacción actual invalidaría estas cláusulas. La secretaría respondió que sí lo haría.

38. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que, si bien la respuesta de la secretaría al sector de la construcción es correcta, un contrato de este tipo sería una variante de la norma contenida en el artículo 3. Con

respecto al párrafo 2 del artículo 14 su delegación prefiere la frase “en su opinión” a la frase “según su exclusivo criterio”; de cualquier forma hace falta alguna frase de este tipo por la razón práctica de que una determinación judicial sobre la necesidad o no de que una parte en una conciliación inicie una acción hacia el final del plazo sería lenta e impredecible. A fin de evitar el abandono por dicha parte y de garantizar la continuidad del procedimiento de conciliación deben conservarse los derechos de las partes. La redacción propuesta por su delegación no cambia el fondo del proyecto del Grupo de Trabajo y el orador se siente complacido de que las delegaciones la hayan considerado una mejora.

39. Si bien la propuesta francesa es interesante, la delegación del orador, lamentablemente, no podría apoyarla. Esta delegación considera que, en última instancia, la autonomía de la voluntad de las partes es la mejor política: ambas partes deben ser plenamente conscientes de a qué se comprometen y no debe haber ninguna “trampa para los distraídos” en ninguna parte del texto. Eso se lograría mejor mediante un acuerdo.

40. La **Sra. Renfors** (Suecia) dice que apoya el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, pero considera que el texto amplio del proyecto de artículo 14 lo sustenta y lo obstaculiza al mismo tiempo, dando a las partes demasiada libertad para desviarse del acuerdo y para incoar una acción judicial. Quizá una aclaración en el proyecto de guía para la incorporación y la aplicación al derecho interno bastaría para resolver la contradicción. La delegación de la oradora prefiere la frase “en su opinión”, precisamente porque admite menos desviaciones.

41. La oradora también se pregunta cómo funcionaría el artículo 14 en relación con el artículo 3. Como el artículo 14 no se menciona en el artículo 3, las partes podrían acordar su inaplicabilidad. Se necesita algún tipo de aclaración.

42. El **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) expresa su pleno apoyo a la propuesta mexicana. Si bien las partes en la conciliación deben poder conservar sus derechos, para poder mantener la objetividad, habría que suprimir todo texto discrecional o subjetivo, o que disminuyera la obligación de las partes de cumplir estrictamente la ley. Por lo tanto la primera oración del párrafo 2 debería decir: “No obstante, una parte podrá entablar un procedimiento arbitral o judicial cuando ese procedimiento sea necesario para salvaguardar sus derechos”.

43. Sostiene que, a fin de garantizar la continuidad del procedimiento de conciliación, debería darse menos importancia al derecho de las partes a abandonar este procedimiento mediante una expresa declaración que a restringir su libertad de iniciar un procedimiento arbitral o judicial. El orador recuerda la decisión de la Comisión de no incorporar el artículo 10 sobre suspensión del plazo de prescripción como parte del proyecto de ley modelo, sino más bien de relegarlo a una nota, y su opinión de que debe demostrarse claramente la necesidad de dicha suspensión. En ese contexto la propuesta mexicana es sumamente pertinente.

44. Señala que el representante de Suecia tiene justificadas razones para cuestionar la relación entre el artículo 14 y el artículo 3. El orador considera que debería mencionarse el artículo 14 en el artículo 3.

45. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) expresa su firme apoyo a la inclusión de un texto subjetivo en el proyecto de artículo y está de acuerdo con la redacción propuesta por los Estados Unidos, “en su opinión”. Debe suponerse que la frase “necesario [para salvaguardar sus derechos]” se aplica a las cuestiones de derecho y al criterio comercial, y que este último sólo puede tener carácter subjetivo. Su delegación espera fervientemente que un efecto de la ley modelo sea alentar a los comerciantes a someterse a la conciliación así como a incluir las cláusulas de conciliación en sus contratos. Pero, si esto tuviera por consecuencia sacrificar su libertad de decidir sobre lo que comercialmente sea necesario, se convertiría en un factor disuasorio.

46. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que el párrafo debe conservar su redacción actual; es muy amplio y refleja una gran variedad de opiniones. No ve mayores diferencias entre “según su exclusivo criterio” y “en su opinión” salvo, quizá, en que el primero permite a las partes un poco más de independencia. De ser necesario, cualquiera de estas frases puede suprimirse, ya que los criterios para recurrir al procedimiento arbitral o judicial son muy complejos y no se puede tomar una determinación en forma subjetiva. Sin embargo el orador considera que una

decisión de las mismas partes respecto a la conveniencia de instituir un procedimiento arbitral o judicial para salvaguardar sus derechos no contradice necesariamente el acuerdo de conciliación y que, al iniciar este procedimiento, no están necesariamente dejando de lado el acuerdo de conciliación ni poniendo fin al procedimiento de conciliación.

47. El **Sr. Cosman** (Canadá) dice que su delegación apoya la reforma del proyecto de artículo 14 presentada por los Estados Unidos, que aporta un lenguaje esclarecedor y provechoso, pero conserva el fondo del texto original.

48. El **Sr. Barsy** (Sudán) dice que su delegación es partidaria de la redacción "según su exclusivo criterio", aunque no tiene una fuerte objeción a "en su opinión" y reconoce el valor de ambas expresiones. Se pregunta cuál sería la posición de los Estados Unidos en caso de que el procedimiento arbitral o judicial no fuera necesario para salvaguardar los derechos de una parte y la otra parte aportara las pruebas pertinentes. Si un tribunal judicial o arbitral aplicara el párrafo 1 del proyecto de artículo 14, no se cumplirá el acuerdo de conciliación y la parte que hubiera iniciado el procedimiento soportaría las consecuencias. También desea confirmar si el procedimiento arbitral o judicial continuaría simultáneamente con el procedimiento de conciliación una vez salvaguardados los derechos de la parte, ya que, en opinión de su delegación, esto sería necesario dada la relación con el acuerdo de conciliación.

49. **El Presidente** toma nota del apoyo general al proyecto del Grupo de Trabajo, con la reforma propuesta por los Estados Unidos, que no altera el fondo de la propuesta del Grupo de Trabajo sino que, más bien, la esclarece. Dice que la relación entre el artículo 3 y el artículo 14 se podría examinar cuando la Comisión estudie el texto completo del proyecto de ley modelo. Las inquietudes relativas a la relación entre la ley modelo y la legislación sobre conciliación de los distintos países se podrían tratar en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y la aplicación.

50. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que, si ya no hay obstáculos a instituir un procedimiento arbitral o judicial -salvo el acuerdo expreso de las partes-, toda la sutileza del párrafo 2 se perdería. Crearía un problema considerable que sería extremadamente perjudicial para el proyecto de ley modelo y dejaría sin resolver la mayor parte de las dificultades prácticas que pudieran presentarse. El único argumento sólido que ha oído contra la propuesta original de su delegación es la necesidad de que haya autonomía de la voluntad de las partes, destacada por la delegación de los Estados Unidos, y la posibilidad de que las partes en la conciliación puedan caer en una trampa. Paradójicamente, la trampa mayor es el propio artículo, en su actual redacción, que lleva a las partes a creer que están protegidas de un procedimiento judicial, cuando en realidad no lo están.

51. Su delegación también apoya la autonomía de la voluntad de las partes; pero tiene que ser aplicada adecuadamente y sólo en circunstancias muy concretas. No comprende cómo, en nombre de la "autonomía de la voluntad de las partes", la Comisión puede olvidar una norma sólida que podría atemperarse, de ser necesario, por esa autonomía, y deja a las partes sin ninguna protección contra el procedimiento arbitral o judicial. Su delegación desearía ver en el título del artículo una mención de la autonomía de la voluntad de las partes, que luego estaría atemperada por el párrafo 1, en su actual redacción, la opción de las partes de terminar el procedimiento de conciliación, y por el párrafo 2, independientemente de su formulación definitiva.

52. **El Presidente** dice que, si el tiempo lo permite, se examinará la propuesta francesa y, de no ser así, las opiniones del representante de Francia quedarán reflejadas en el informe de la Comisión.

Se levanta la sesión a las 01.05 horas.

Acta resumida de la 746ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el jueves 20 de junio de 2002 a las 15.00 horas (A/CN.9/SR.746)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 55	1315

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 15.15 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional *(continuación)*

Proyecto de artículo 15. Ejecutoriedad de la transacción

1. **El Presidente** dice que se examinó con detalle la cuestión de la ejecutoriedad de las transacciones en el anterior período de sesiones de la Comisión y que el texto actual representa el máximo nivel de consenso a que se podía llegar en ese momento. Entretanto, se han intercambiado pareceres por correo electrónico sin resultados apreciables.

2. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que se ha dejado pendiente la cuestión del carácter de los acuerdos de transacción. En su redacción actual, el proyecto de artículo 15 no deja claro que esos acuerdos sean ejecutorios como los contratos, a pesar de que hubo un amplio consenso en la Comisión de que debía ser así. Algunos miembros han preguntado por el significado de los términos “vinculante y ejecutorio”, y se ha dicho que esa idea implicaba la fuerza de una resolución judicial. Sería conveniente facilitar algunas aclaraciones, al menos en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno.

3. El **Sr. Jacquet** (Francia) menciona las observaciones presentadas por escrito por su delegación y sugiere suprimir las palabras “y ejecutorio”. De accederse a ello, la ejecutoriedad del acuerdo, desde un punto de vista judicial, dependería de la legislación nacional. Sugiere que el texto se redacte de la siguiente manera: “la ejecutoriedad del acuerdo dependerá del derecho aplicable por las autoridades competentes del Estado en el que dicho acuerdo se invoque”.

4. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) matiza que habría que referirse al derecho del Estado promulgante. Debido a que la Ley Modelo no es un tratado, no puede establecer un régimen fuera del país en el que se adopte.

5. El **Sr. Jacquet** (Francia) acepta los términos “el derecho del Estado promulgante”, que es una fórmula típica en las leyes modelo aprobadas por la Comisión.

6. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de artículo 15.*

Proyecto de artículo 3. Modificación mediante acuerdo (continuación)

7. **El Presidente** dice que es necesario volver al proyecto de artículo 3 a fin de determinar qué artículos de la Ley Modelo, además del artículo 2 y del párrafo 3 del artículo 7 no están sujetos a modificación mediante acuerdo entre las partes. El representante de Suecia ya ha sugerido que el proyecto de artículo 14 se incluya en el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 3.

8. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) dice que no es partidario de incluir una referencia al proyecto de artículo 14. Aunque las partes se hayan comprometido expresamente a no recurrir a procedimientos arbitrales o judiciales en un plazo determinado, debe permitirse que celebren otros acuerdos.

9. La **Sra. Renfors** (Suecia) dice que no insiste en incluir una referencia al proyecto de artículo 14 en el proyecto de artículo 3. No obstante, deben adoptarse medidas para disipar la incertidumbre en torno a la relación existente entre ambos artículos. En las circunstancias actuales, la enmienda del proyecto de artículo 14 tendría como consecuencia que las partes en una conciliación que hayan acordado no recurrir a procedimientos arbitrales o judiciales podrán, a pesar de ello, acudir a los tribunales para salvaguardar sus derechos.

10. **El Presidente** dice que se podría suprimir la incongruencia incorporando al acuerdo una cláusula de renuncia a lo previsto en el proyecto de artículo 14, que faculta a las partes a recurrir a los tribunales.

11. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice estar de acuerdo con la representante de Suecia en que el proyecto de artículo 14 tendría singulares consecuencias si no fuera imperativo. Sería como decir que hay que dar efecto a un acuerdo entre las partes de no acudir a los tribunales hasta que transcurra un determinado plazo pero, al mismo tiempo, limitando ese efecto en aras de salvaguardar los derechos de una de las partes. Si la intención es limitar el efecto del artículo 14 de esa manera, la norma que en él se enuncia debe ser imperativa. La Ley Modelo es una mezcla de disposiciones contractuales y procesales, pero gran parte de ellas son contractuales y ese tipo de normas siempre están supeditadas a la autonomía de las partes. El proyecto de artículo 14 es una de las pocas normas procesales de la Ley Modelo, porque al definir el establecimiento de los límites está indicando a los tribunales si deben admitir las acciones entabladas por una de las partes. Por lo tanto, el proyecto de artículo 14 debe ser de carácter imperativo.

12. **El Presidente** evoca la cuestión de si el proyecto de artículo 11, sobre la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos, también debe pasar a ser imperativo.

13. El **Sr. Jacquet** (Francia) no está a favor de incluir una referencia al proyecto de artículo 14 en el proyecto de artículo 3. Lógicamente hablando, el proyecto de artículo 14 es una cláusula facultativa, que otorga a las partes el derecho a recurrir a un procedimiento arbitral o judicial si así lo deciden. Pretender que dicho proyecto de artículo sea imperativo sería un grave error.

14. El **Sr. Graham** (México) dice que también se opone a la idea de incluir una referencia al proyecto de artículo 14 en el proyecto de artículo 3, pero por una razón diferente. Sería incongruente pretender atribuir efecto vinculante a una norma que sólo puede entrar en vigor en virtud de un acuerdo entre las partes.

15. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que considera una buena idea incluir una referencia al proyecto de artículo 14 en el proyecto de artículo 3. Se trata de una situación en la que debe protegerse a las partes de las consecuencias de sus propios errores. En este sentido, la posibilidad de recurrir a un procedimiento judicial es una cuestión de principio que es más de derecho constitucional que de derecho procesal. El orador no está nada

seguro de que desde un punto de vista lógico, no haya situaciones en las que no sea necesario que el proyecto de artículo 14 sea imperativo.

16. El **Sr. Morán Bovio** (España) dice que no está de acuerdo en que se haga mención del artículo 14 en el proyecto de artículo 3. El libre arbitrio de las partes ha de ser primordial. Dado que el proyecto de artículo 14 sólo entrará en vigor en virtud de un acuerdo entre las partes y que, por lo tanto, es derogable por su propia naturaleza, no tiene sentido hacerlo inderogable en virtud del proyecto de artículo 3. El artículo 14 no entra en la misma categoría de disposiciones que el artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 7.

17. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que, a su entender, el proyecto de artículo 14 pretende garantizar que siempre que las partes se comprometan a recurrir a una conciliación, éstas no podrán, en la medida que se haya previsto, incumplir ese compromiso. Si bien ese objetivo es elogiable, referirse al artículo 14 en el proyecto de artículo 3 significaría que, incluso en el supuesto de que las dos partes decidieran que esa conciliación ya no procede, se verían obligadas a mantenerla a pesar de todo. El resultado sería una disposición extraña y desafortunada.

18. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que las partes que adoptan un acuerdo en virtud de lo dispuesto en el proyecto de artículo 14 deberían estar facultadas para modificar ese acuerdo. Hay que recordar que, en un procedimiento de conciliación, cualquiera de las partes tiene derecho a suspender el procedimiento en cualquier momento. Al eliminar la libertad de las partes para modificar un acuerdo, la inclusión del artículo 14 en el proyecto de artículo 3 simplemente tendría como resultado que otras partes se retirarían por completo de la conciliación. El orador instó firmemente a que no se mencionara el artículo 14 en el proyecto de artículo 3.

19. El **Sr. Barsy** (Sudán) dice que su delegación no puede estar de acuerdo en que se mencione el artículo 14 en el proyecto de artículo 3. Las partes deben ser libres de cambiar de opinión sobre la utilidad de los procedimientos arbitrales o judiciales, en aras de facilitar una rápida resolución de las controversias.

20. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) pide a los delegados que consideren el supuesto en que una de las partes que haya convenido en no recurrir a procedimientos arbitrales o judiciales en un plazo de conciliación de 60 días decida modificar su posición antes del término del período acordado. De conformidad con la segunda parte del proyecto de artículo 14, esa parte todavía tendría derecho a acudir a los tribunales para salvaguardar sus derechos. Sin embargo, en virtud del proyecto de artículo 3, las partes pueden haber acordado la supresión de ese derecho y ese acuerdo debería ser respetado. En tal caso, no estaría claro qué ha de prevalecer: lo dispuesto en el proyecto de artículo 14 o lo dispuesto en el proyecto de artículo 3.

21. **El Presidente**, hablando a título personal, dice que una interpretación posible es que las partes que acuerdan un plazo de 60 días para la conciliación derogan implícitamente lo dispuesto en el proyecto de artículo 12, que establece las condiciones para poner término a una conciliación. Otra interpretación consiste en que, al convenir en que no recurran a procedimientos arbitrales o judiciales en un plazo de 60 días, las partes están conviniendo en un período de reflexión, durante el que no entablarán acciones judiciales incluso en el supuesto de que fracase la conciliación. Esa disposición existe, por ejemplo, en tratados bilaterales de inversión, en los que las partes acuerdan que no recurrirán a un arbitraje en un plazo de seis meses.

22. El **Sr. Morán Bovio** (España) dice, en respuesta a la pregunta planteada por el Secretario de la Comisión, que el principio general básico del proyecto de ley modelo debe ser la autonomía de las partes. A pesar de haberse comprometido a no recurrir a procedimientos de arbitraje o judiciales en un plazo determinado, las partes deben poder cambiar libremente su postura si lo consideran necesario para la defensa de sus intereses. Por ejemplo, puede ocurrir que una de las partes demuestre una falta de sinceridad en el proceso de conciliación, que puede conducir a que la otra parte se plantee entablar o entable una acción judicial, a la vez que prosigue la conciliación. Las partes deben estar en condiciones de proteger sus derechos en tales circunstancias. También hay

que recordar que, debido a la complejidad de las relaciones comerciales, la decisión de una de las partes de entablar acciones judiciales no debe afectar necesariamente al proceso de conciliación entre el resto de las partes.

23. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que el hecho de no declarar inderogable el proyecto de artículo 14 es, de por sí, una contradicción. De no incluir la segunda parte del artículo 14 en las cláusulas del proyecto de artículo 3, sería posible que las partes acordaran un plazo de reflexión de 60 días y que se comprometieran a no acudir a los tribunales incluso en el caso de que lo considerasen necesario para salvaguardar sus respectivos derechos. En opinión del orador, es imposible permitir la restricción del derecho a entablar procedimientos judiciales sin vaciar de contenido la segunda parte del proyecto de artículo 14.

24. La **Sra. Renfors** (Suecia) dice que, en la situación que describe el Secretario de la Comisión, debe prevalecer lo dispuesto en el proyecto de artículo 14. Únicamente la segunda parte del proyecto de artículo 14 debe ser inderogable puesto que, obviamente, la libertad para celebrar un acuerdo no puede convertirse en una obligación.

25. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que el ejemplo expuesto por el observador de Suiza muestra claramente las consecuencias de no incluir el proyecto de artículo 14 entre las cláusulas del proyecto de artículo 3.

26. El **Sr. Morán Bovio** (España) pregunta si, en el caso de que una de las partes que ha celebrado un acuerdo que prevé no recurrir a procedimientos judiciales durante una conciliación obtiene ulteriormente suficiente información como para considerar que, dada la situación financiera de la otra parte, tiene la obligación de entablar un procedimiento de insolvencia contra ella, debe impedirse esto último en virtud del acuerdo inicial.

27. El **Sr. Shimizu** (Japón) dice que si el proyecto de artículo 3 no contiene referencia alguna al proyecto de artículo 14, en las circunstancias descritas por el Secretario de la Comisión, deberían prevalecer las normas enunciadas en el proyecto de artículo 3 relativas a la libre voluntad de las partes. Lo dispuesto en el proyecto de artículo 14 pretende colmar el vacío jurídico que puede producirse cuando no esté clara la intención de las partes. Se da por sentado que un acuerdo en el que las partes se comprometan expresamente a no litigar no excluye la posibilidad de que recurran a los tribunales para proteger sus derechos. El problema constitucional planteado por el representante de Alemania se sitúa fuera del ámbito del proyecto de ley modelo y debe resolverse en el marco general de la relación entre el derecho contractual y el orden público.

28. **El Presidente** dice que, salvo que se plantee alguna objeción, el proyecto de artículo 3 se mantendrá tal como figura en el texto, sin que se le agregue referencia alguna al artículo 14.

29. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que hay que decidir todavía si se aludirá o no al artículo 15 en el proyecto de artículo 3.

Se suspende la sesión a las 16.25 horas y se reanuda a las 17.05 horas.

30. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que sería perjudicial para la coherencia de la Ley Modelo que se interpretara de manera diferente en los distintos países el acuerdo logrado por las partes a raíz de una conciliación. El artículo 15 debe figurar entre los artículos inmodificables.

31. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que está de acuerdo con el representante francés en que el proyecto de artículo 15 debe ser imperativo y debe incluirse en el proyecto de artículo 3.

32. El **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) dice que está de acuerdo en que el proyecto de artículo 15 debe incluirse en el proyecto de artículo 3. El proceso conciliatorio perdería eficacia si el resultado final se

supeditara a la voluntad de las partes. Además, la Ley Modelo pretende promover la conciliación y la mejor manera de hacerlo es garantizando la ejecutoriedad del acuerdo de transacción.

33. El **Sr. Getty** (Estados Unidos de América) dice que su delegación se opone a incluir el proyecto de artículo 15 en el proyecto de artículo 3. El proyecto de artículo 15, por su propia naturaleza, invita a los Estados promulgantes a especificar los métodos de ejecución. En virtud del principio de autonomía de las partes, éstas pueden convenir en una ejecución de conformidad con la legislación de un determinado Estado y no con la de otro distinto. El proyecto de artículo 15 da pie a diversas interpretaciones entre las distintas legislaciones. En los Estados Unidos, por ejemplo, el artículo sería probablemente considerado vinculante y ejecutorio, de manera similar a un contrato; en otros ordenamientos podría tener la fuerza ejecutoria de una sentencia y, en otros, sin embargo, la de un laudo arbitral. Todas esas posibilidades representan formas válidas de ejecución por las que los Estados pueden optar. Sería intrínsecamente contradictorio sostener que el proyecto de artículo 15, que puede ser modificado por los distintos Estados, no puede ser modificado por las partes.

34. **El Presidente** dice que, a su entender, la delegación de Francia aduce que las partes no pueden negar el efecto imperativo de los acuerdos jurídicamente válidos, mientras que la delegación de los Estados Unidos ha planteado la cuestión de que las partes pueden convenir en que el procedimiento de ejecución esté sujeto a la elección del foro. En tal caso, esas dos posiciones no serían antagónicas.

35. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que secunda la propuesta de Francia con una reserva. La ejecutoriedad de un acuerdo de transacción está basada en un monopolio estatal, por cuanto es el Estado el que pone a disposición el procedimiento. Las partes nunca estarían en condiciones de acordar una ejecución fuera de lo dispuesto en el derecho procesal del Estado. Por esa razón, el orador respalda la propuesta francesa. Por otro lado, las partes deben tener siempre la posibilidad de renunciar parcial o totalmente a aquellos elementos de la ejecución. Las partes pueden decidir que sólo ciertos aspectos del acuerdo de conciliación sean vinculantes. Puede ser útil mencionar esa posibilidad en la Guía, en relación con el artículo 3 o el artículo 15. Es importante respetar el principio de autonomía de las partes.

36. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que su delegación tiene importantes reservas relativas a la inclusión del proyecto de artículo 15 en los artículos mencionados en el proyecto de artículo 3. Por definición, el proceso conciliatorio trata de fomentar y facilitar el logro de una transacción entre las partes. De ello se deduce que las partes incorporarán a la transacción lo que estimen oportuno. Así, pueden disponer que no desean que la transacción sea vinculante. Cabe mencionar el ejemplo de tres socios comerciales de diferentes países que, en una empresa conjunta, discrepen sobre una cuestión de estrategia o de prioridad empresarial. No hay razón para que no puedan recurrir a un conciliador para ayudarles a resolver esa cuestión. Al recurrir a un conciliador, buscarían ayuda para perfilar una estrategia empresarial futura; no estarían tratando de crear obligaciones jurídicamente vinculantes ni pretenderían imponerse obligaciones contractuales. El representante no ve ninguna razón por la que los tres socios no puedan recurrir a un proceso de conciliación. Por razones prácticas y, a fin de no limitar el recurso a la conciliación en situaciones como la mencionada, su delegación se inclina por excluir el proyecto de artículo 15 de las referencias del proyecto de artículo 3.

37. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que el ejemplo que acaba de facilitar el Reino Unido no es concluyente y no corresponde al ámbito del proyecto de artículo 1 de la Ley Modelo. No está claro por qué las partes, en dicho ejemplo, pueden verse en la necesidad de recurrir a una decisión que resulte vinculante. Su diferencia no sería de carácter jurídico, sino simplemente una cuestión de estrategia comercial.

38. El orador no entiende por qué la delegación de los Estados Unidos se ha abstenido de comentar la propuesta francesa de una nueva redacción del proyecto de artículo 15. Lo que acaba de decir el representante de los Estados Unidos es precisamente lo que la delegación de Francia ha propuesto, concretamente, que cuando se logra un acuerdo conciliatorio, las partes pueden elegir libremente el país en el que desean que las consecuencias

jurídicas de dicho acuerdo surtan efecto. La razón de ser del acuerdo conciliatorio es que el procedimiento culmine con un contrato; eso es lo que Francia propone. De hecho, Francia propone que en el proyecto de artículo 15 figure un punto después de la palabra "vinculante"; al margen de lo que fuera vinculante, las partes se acogerían al derecho nacional. Esa es la posición que ha expresado el representante de los Estados Unidos y, por lo tanto, no hay contradicción entre las dos posiciones. No hay razones de peso para oponerse a la inclusión del proyecto de artículo 15 en el proyecto de artículo 3. Lamentablemente, la situación no se ha podido aclarar con anterioridad; el problema que observa ahora el orador es que el artículo 15 es más vinculante de lo que desearía la delegación de los Estados Unidos. Si se enmienda el texto para que finalice con la palabra "vinculante", el artículo tendrá sentido por sí mismo. La inserción del término "ejecutorio" plantea problemas porque sólo tendría sentido si se refiere a las legislaciones nacionales.

39. El **Sr. Lebedev** (Federación de Rusia) dice que la cuestión es muy compleja porque en la actualidad no hay ningún artículo 15, sino únicamente la introducción al mismo. A su entender, hasta ese momento no se ha adoptado ninguna decisión para enmendar las tres líneas del proyecto de artículo. De conformidad con ese texto, los Estados que adopten la Ley Modelo deberían establecer las condiciones y procedimientos a seguir para la aplicación del acuerdo internacional entre las partes. Es muy difícil decidir, sin previo conocimiento de las leyes que promulgará cada Estado, si el artículo figurará entre las disposiciones vinculantes o entre las no vinculantes de la Ley Modelo.

40. Otra cuestión que puede parecer puramente académica pero que, sin embargo, debe ser examinada, es la situación que puede plantearse si el procedimiento de conciliación tiene lugar en un determinado Estado en el que se aplica la Ley Modelo y las partes convienen en aplicar el acuerdo conciliatorio en el territorio de otro Estado, donde rigen normas diferentes. Si se estima que el artículo 15 es vinculante o imperativo, el problema radicaría entonces en decidir si las partes pueden convenir en que dicho artículo no se aplique en un determinado Estado y sí se aplique en otro.

41. La solución puede consistir en aludir a esta cuestión en la Guía en lugar de incluir el artículo 15 en el artículo 3. De esa forma, cada Estado puede decidir individualmente, cuando apruebe la ley, si incluye o no una referencia al artículo 15 en el artículo 3. Otro posible supuesto sería incluir el artículo 15 en el artículo 3, y añadir una nota de pie de página a los efectos de que, cuando aprueben la ley, los Estados puedan decidir individualmente si mantienen o no la referencia al artículo 15 en el artículo 3.

42. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que durante el debate se ha puesto de manifiesto que el texto en inglés del proyecto de artículo 15 dice algo diferente del texto en francés. Éste último hace mención de "fuerza ejecutiva", lo que hace referencia a un aspecto procesal de la transacción, mientras que el texto en inglés habla de la naturaleza vinculante y ejecutoria de un contrato. Podría ser conveniente modificar la versión francesa.

43. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que considera que el proyecto de artículo 15 está completo en su forma actual, que concluye con las palabras "ese arreglo será vinculante y ejecutorio". La expresión "como un contrato" se ha suprimido, pero los términos utilizados implican un contrato. Por las razones mencionadas por el Reino Unido y los Estados Unidos, la delegación de Australia no es partidaria de incluir una referencia al proyecto de artículo 15 como disposición imperativa en el proyecto de artículo 3.

44. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) dice que si se considera que el proyecto de artículo 15 está incompleto y precisa ser completado por cada Estado, esto es una razón más para no mencionarlo como imperativo en el proyecto de artículo 3, puesto que la Comisión no puede saber cuál será su contenido en su enunciado final. El hecho de no incluir una referencia no tendrá, en la práctica, trascendencia alguna. Si las partes no desean celebrar un acuerdo de transacción que sea vinculante y ejecutorio, ningún arreglo que celebren será un acuerdo de transacción en sentido estricto.

45. El **Sr. Shimizu** (Japón) dice que su delegación se opone a incluir una referencia al proyecto de artículo 15 en el proyecto de artículo 3. Corresponde a cada Estado decidir si el proyecto de artículo 15 debe ser imperativo o no. Con una explicación en la Guía podría resolverse el problema.

46. **El Presidente** estima que se puede llegar a una solución analizando por separado los elementos del proyecto de artículo 15 para determinar si pueden ser modificados o no mediante un acuerdo. Decir que el acuerdo de transacción es vinculante no es más que atenerse al derecho contractual, en cuyo caso aquél será difícilmente modificable. Decir que es ejecutorio puede inducir a pensar en tramitaciones legales aunque, en el derecho mexicano, "ejecutorio" significa poco más que "vinculante", mientras que "ejecutivo" tendría mayores repercusiones.

47. El **Sr. Barsy** (Sudán) dice que le parece natural aludir al proyecto de artículo 15 en el proyecto de artículo 3. Las partes recurren a la conciliación cuando surgen diferencias jurídicas, con la intención de llegar a un acuerdo de transacción que sea ejecutorio; en caso contrario, la conciliación no tendría sentido. El orador afirma no conocer ningún caso en el que las partes no desearan un acuerdo ejecutorio.

48. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que su delegación apoya enérgicamente la inclusión de una referencia al proyecto de artículo 15 en el proyecto de artículo 3. El objetivo esencial de la elaboración de una Ley Modelo es lograr que el acuerdo de transacción en una conciliación sea ejecutorio; eso es lo que hace que una conciliación sea útil. El orador no tiene constancia de ningún caso en que las partes no desearan que su acuerdo fuera ejecutorio. El ejemplo mencionado por la delegación del Reino Unido, relativo a las partes que recurren a un tercero para ayudarles a perfilar una estrategia, no era una controversia, por lo que no puede considerarse un procedimiento de conciliación. Algunas delegaciones aducen que otorgar carácter imperativo a la ejecutoriedad puede constituir un factor disuasorio y restar todo incentivo a la conciliación, pero el orador estima que, por el contrario, si el acuerdo de transacción no fuera vinculante y ejecutorio, aún sería más disuasorio, porque implicaría un despilfarro de tiempo y energía.

49. En lo referente a la coherencia entre las distintas versiones lingüísticas, por lo menos la china es clara y presenta una traducción precisa de los términos "binding and enforceable". El orador entiende que se ha aprobado la redacción del proyecto de artículo 15, a pesar de que se deja a cada Estado que complete lo que figura entre corchetes. Por lo tanto, no hay razón para aplazar la decisión de aludir al artículo 15 en el proyecto de artículo 3. Si no se da fuerza imperativa al proyecto de artículo 15, se privará a la Ley Modelo de gran parte de su trascendencia. Para garantizar la coherencia, tal vez convenga reexaminar el proyecto de nota de pie de página 4, que dice que un Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de que un procedimiento de ejecutoriedad sea imperativo.

50. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que, dada la incertidumbre que genera el proyecto de artículo 15, su delegación no cree conveniente aludir a él en el proyecto de artículo 3.

51. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) resaltó que, a juicio de su delegación, negando a las partes la posibilidad de celebrar cualquier tipo de acuerdo de transacción que consideren oportuno, se socavaría el objetivo de la Ley Modelo. La esencia de la conciliación radica en que es un proceso voluntario que pretende posibilitar que las partes logren resolver su diferencia. Éstas pueden acordar simplemente, por ejemplo, adoptar ciertas medidas para restablecer la confianza en sus relaciones comerciales. Las circunstancias descritas por la delegación del Reino Unido podrían derivarse perfectamente de una controversia contractual y ser consideradas como una conciliación. Si todos los acuerdos logrados por las partes tuvieran que adoptar la forma de un contrato vinculante o del equivalente a un laudo arbitral o a una sentencia, la autonomía de las partes, que es la esencia de la conciliación, se vería seriamente limitada.

52. La delegación del representante no ve clara la conexión entre el problema de la elección del foro planteado por Francia y el de la modificación mediante un acuerdo, pero sospecha que esta cuestión debe ser abordada en el marco del derecho interno. Como han señalado otras delegaciones, el proyecto de nota 4 de pie de página deja al Estado promulgante la opción de otorgar carácter imperativo a los procedimientos de ejecutoriedad aplicables en virtud del proyecto de artículo 15.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

Acta resumida de la 747ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el viernes 21 de junio de 2002 a las 10.00 horas (A/CN.9/SR.747)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 41	1323

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 10.15 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

1. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión), resumiendo los cambios más recientes en el proyecto de ley modelo, señala que se agregó al artículo 1 una definición de “conciliador”. Los artículos 5 y 6, tal como figuran en el anexo del documento A/CN.9/506, se deben refundir como el artículo 5 con un nuevo título que diga “Número y designación de los conciliadores”.

2. En el texto en cursiva del nuevo artículo 14 (antiguo artículo 15), que figura en el documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.2, se sustituyó la palabra “agregará ...”, en el texto anterior, por las palabras (Los Estados ...) “podrán incorporar”. El debate a fondo sobre las palabras “vinculante y ejecutable” reveló que estos conceptos no se interpretaban de manera uniforme en los Estados promulgantes. En algunos regímenes, los términos “vinculante y ejecutable” caracterizan a todo tipo de contrato, mientras que en otros la expresión tiene una connotación ejecutoria, lo que indica que el demandante puede acudir directamente ante un funcionario encargado de hacer cumplir las sentencias o los laudos.

3. Respecto del antiguo artículo 15 (A/CN.9/506, anexo), algunas delegaciones consideran que la mención de la palabra “firman” resulta superflua porque no existe el requisito, por ejemplo con arreglo al derecho de tradición anglosajona, de que se firme un acuerdo conciliatorio. Por ello, se decidió que las palabras “conciertan y firman un acuerdo” se reemplazaran por las palabras “llegan a un acuerdo”.

4. **El Presidente** recuerda que durante consultas oficiosas anteriores algunas delegaciones requirieron con insistencia que el requisito de una firma figurara en el texto del proyecto de ley modelo. En la misma perspectiva, otros participantes asignaron gran importancia al concepto de “vinculante y ejecutable”. Insta al Grupo de Trabajo a que exprese sus opiniones respecto del concepto de “ejecutable” y del requisito de que el acuerdo se firme.

5. El **Sr. Morán Bovio** (España) concuerda con que las delegaciones que participaron en etapas anteriores de la negociación deben aclarar el origen del artículo 15, concretamente con respecto a las deliberaciones sostenidas respecto de la firma del acuerdo y de los conceptos de exigibilidad o ejecutabilidad.

6. El **Sr. Lebedev** (Federación de Rusia) señala que en los debates anteriores se consideró útil mantener el concepto de ejecutabilidad, junto con el término “vinculante”. Cabe postular que la expresión “ejecutable” no sería la terminología jurídicamente más apropiada, pero en opinión de las delegaciones partidarias de

conservarlo, resultaría útil para los Estados que promulgaran leyes basadas en el proyecto de ley modelo y les permitiría, en uso de sus facultades, adoptar disposiciones y normas especiales para asegurar la "ejecutabilidad" de dichos acuerdos conciliatorios.

7. Concuerda plenamente con que la disposición sobre "ejecutabilidad" y, por extensión, la posibilidad de hacer cumplir acuerdos conciliatorios, son en último término, los objetivos de los procedimientos de conciliación. Considera que el término no debe sustituirse por otro, y que tampoco es razonable plantear la posibilidad de eliminarlo.

8. El **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) dice que el debate sobre la eliminación de la palabra "firman" se debe a las diferencias de interpretación entre los distintos ordenamientos jurídicos. En algunos, la firma se considera de suma importancia y permite que el procedimiento se lleve adelante sobre la base de un instrumento de naturaleza ejecutoria. Sin embargo, es muy difícil conciliar distintos ordenamientos jurídicos que han evolucionado a partir de bases diferentes para solucionar los mismos problemas. A fin de resolver las cuestiones propuestas, propone la formulación siguiente: "El acuerdo de transacción debe firmarse, si ello es necesario, a fin de asegurar su ejecutabilidad en los respectivos ordenamientos jurídicos".

9. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que, en su formulación actual, la sugerencia puede resultar apropiada para un tratado o una guía para la incorporación al derecho interno, pero no para una ley nacional, en la que no se podrían incluir disposiciones al efecto de que el acuerdo se debe firmar "en caso necesario".

10. El **Sr. Tang** Houzhi (China) señala que la firma de un documento es muy importante en la legislación china en materia de procedimiento y arbitraje. Sin embargo, conforme al derecho de los contratos, los que se hayan celebrado oralmente son igualmente válidos y no existe el requisito de que se firmen. En la legislación de China existen estos conflictos. Como se pretende dar aplicación internacional al proyecto de ley modelo, la delegación de su país considera que son adecuadas las palabras "llegan a (un acuerdo)".

11. En cuanto a la utilización de la expresión "vinculante y ejecutable", señala que "vinculante" se refiere a un efecto en las partes, mientras que "ejecutable" alude a la posibilidad de que un acuerdo de transacción pueda ser aplicado por el tribunal. Todo acuerdo conciliatorio entrañaría naturalmente un efecto vinculante, pero no sería necesariamente ejecutable. Una parte en un contrato puede decidir no aplicar las condiciones del acuerdo, y si el caso se presenta ante un tribunal, éste deberá investigar si ha habido una transgresión. En caso de que un acuerdo conciliatorio no sea ejecutable, las partes cuestionarían la utilidad de recurrir a un conciliador en lugar de a un tribunal. La palabra "ejecutable" es muy apropiada y refleja las opiniones formuladas por la mayoría de las delegaciones durante los debates del Grupo de Trabajo. El antiguo artículo 15, que figura en el documento A/CN.9/506, es aplicable a varias situaciones, por lo cual sería útil conservarlo.

12. El **Sr. Graham** (México) concuerda en que la interpretación de la expresión "vinculante y ejecutable" difiere en los distintos ordenamientos jurídicos, y dice que en la expresión acordada se debe tener en cuenta la posibilidad de una defensa de carácter amplio para la parte a la que se procura imponer la ejecutabilidad, o una defensa de carácter más limitado. Basándose en lo ocurrido con algunas propuestas serias planteadas por las delegaciones, tal vez no sea posible llegar a acuerdo sobre la formulación del comienzo del antiguo artículo 15, porque las diferencias de legislación crean obstáculos para ello.

13. A falta de una transacción, la delegación de su país sugiere que cualquiera de las partes pueda proponer acuerdos ante un magistrado procurando su aplicación. Con este objetivo, propone el texto siguiente: "Si las partes llegan a un acuerdo para resolver una controversia [y lo firman], cualquiera de las partes tendrá derecho a presentarlo ante el tribunal para que se aplique". En el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno, el Grupo de Trabajo indicaría los posibles mecanismos de defensa y los tipos de procedimiento de que se tratara.

14. La **Sra. Beleva** (observadora de Bulgaria) concuerda con el Observador del Ecuador en que se debe conservar la referencia a la firma, porque en algunos ordenamientos jurídicos el acuerdo escrito es condición *sine qua non*. Aunque muchos Estados han formulado reservas al respecto en lo tocante a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Comisión está redactando

una ley modelo y no una convención, por lo que resulta indispensable mantener un criterio de flexibilidad. Puede incluirse en la guía una referencia a los ordenamientos jurídicos nacionales, con lo que correspondería a los legisladores determinar la mejor forma de asegurar la ejecutoriedad.

15. La **Sra. Mangklatanakul** (Tailandia) dice que el derecho de los contratos de Tailandia requiere por lo general una firma, ya sea escrita o electrónica. Por ello, es partidaria de conservar la referencia a la firma, ya sea en la formulación "llegan (a un acuerdo ...) y lo firman, si ello es necesario" en una nota de pie de página explicativa o en la Guía.

16. El **Sr. Barsy** (Sudán) no objeta que se suprima la palabra "firman", porque sigue correspondiendo al Estado determinar las condiciones de la ejecutabilidad. Es importante recordar que también pueden aplicarse otras leyes nacionales. Si un acuerdo conciliatorio debe ser aplicado coercitivamente por un tribunal, se plantean diversos problemas, el menor de los cuales no es que una de las partes haya conseguido el acuerdo por medios fraudulentos. Además, todo acuerdo de conciliación presentado a un juez recibiría el mismo tratamiento que un contrato entre las partes, lo que reduciría la utilidad de la Ley Modelo.

17. El **Sr. Cosman** (Canadá) concuerda con el representante de China en el sentido de que la firma constituye prueba importante de que se ha llegado a un acuerdo conciliatorio. Sin embargo, la delegación de su país es partidaria de la expresión "llegan a (un acuerdo)", porque es importante no limitar a los Estados en cuyas jurisdicciones también sean vinculantes los acuerdos orales. Aunque el representante de México señaló un medio posible de ejecutar un acuerdo, la formulación que propuso se debe poner entre corchetes. Correspondería entonces al Estado promulgante determinar las modalidades precisas.

18. El **Sr. Heger** (Alemania) apoya plenamente la propuesta de México, que permite a los Estados decidir la cuestión de la ejecutabilidad, que normalmente se halla regida por la legislación nacional.

19. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que la traducción del término inglés "enforceability" no es el único problema; la cuestión se ve complicada ulteriormente por la multiplicidad de procedimientos de aplicación que existen en los distintos países. Dado que la ejecutabilidad se halla determinada en último término por la legislación interna, la delegación de su país aceptaría un cierto grado de ambigüedad en la disposición. La formulación propuesta por el representante de México es aceptable, siempre que se utilice el término "aplicación" en lugar de "ejecución". En cuanto a la formulación propuesta por el observador del Ecuador, puede incluirse entre corchetes, siempre que la palabra "asegurar" se sustituya por el concepto de apoyar o fortalecer.

20. **El Presidente** señala que los ordenamientos jurídicos nacionales tienen distintos mecanismos de aplicación y que el problema de terminología hace virtualmente imposible la uniformación. En algunos, la palabra "ejecutable" es sinónimo de "vinculante"; en otras, entraña la aplicación por un tribunal o un tribunal arbitral. Propone suspender la reunión para que se celebren consultas oficiosas.

Se suspende la sesión a las 11.25 horas y se reanuda a las 12.10 horas.

21. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión), resumiendo el resultado de las consultas oficiosas, señala que se sugirieron varios enfoques para redactar la disposición.

22. Uno de los enfoques es el de que, incluso en el caso de que se intente mejorar la traducción de "vinculante y ejecutable", estos conceptos adquirirían inevitablemente connotaciones distintas en los diferentes ordenamientos jurídicos. Sin embargo, ello podría explicarse en la guía, en el entendimiento de que correspondería a los legisladores determinar el significado preciso del artículo 15.

23. No se puso en duda que en muchos ordenamientos jurídicos un acuerdo conciliatorio puede adoptar cualquier forma para ser vinculante y ejecutable. Se hizo alusión a los contratos de compraventa, que también pueden celebrarse en cualquier forma. Resultó significativo que eran minoría los Estados que formularon reservas respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en el sentido de que dichos contratos deban celebrarse por escrito. Además, en estas reservas no se

señalaba que los contratos de compraventa debían firmarse. Asimismo, se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos puede requerirse una firma, según el asunto a que se refiera la ejecutabilidad.

24. La fórmula de transacción diría lo siguiente: “Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia ...”, y se incluiría una explicación en la guía al efecto de que en ciertos ordenamientos jurídicos existen requisitos de forma y gradaciones de los mismos, y que en algunos se plantea el requisito de la firma.

25. La **Sra. Brelier** (Francia) señala que se debe mantener intacta la primera frase del artículo 15. La formulación propuesta por el representante de México podría constituir la segunda frase.

26. **El Presidente** señala que la formulación propuesta se presentará al grupo de redacción para su examen, en el entendimiento de que se incluirá entre corchetes.

27. *Así queda acordado.*

28. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América), dice que la delegación de su país es reacia a apoyar la propuesta de México, porque faculta a las partes para remitir la aplicación al tribunal pero ignora los casos en que, por ejemplo, pueda lograrse la aplicación por conducto de un notario. Lo mejor sería incorporar la cuestión del derecho a la aplicación y la del instrumento para lograrla al final del artículo 15, para que el Estado promulgante tuviera la posibilidad de indicar los arreglos en la materia. Si el término “ejecutable” es problemático desde la perspectiva de diversos idiomas y ordenamientos jurídicos, propone que se suprima.

29. El **Sr. Möller** (observador de Finlandia) comparte la reticencia de la delegación de los Estados Unidos de América sobre la propuesta de México, y señala que el método para lograr la aplicación es asunto de los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados. Es mejor abordar el asunto de la forma y el momento en que se logre la aplicación dando al Estado promulgante la posibilidad de agregar aspectos puntuales al final del artículo, o incorporando pormenores en la guía. Además, apoya la eliminación del término “ejecutable”, porque si se conserva en el texto cada Estado lo interpretará a su manera.

30. El **Sr. Barsy** (Sudán) señala que si bien en algunos ordenamientos jurídicos no se prevé que los acuerdos de transacción sean ejecutables voluntariamente, tal es el caso en otros. La Comisión debe establecer las condiciones en que correspondería intervenir a los tribunales, y es mejor aprovechar la oportunidad de dar cabida a las condiciones puntuales de cada país al final del artículo en cuestión que aprobar la propuesta de México, que no toma en cuenta las diferencias nacionales en cuanto a las condiciones de ejecutabilidad.

31. El **Sr. Tang** Houzhi (China) señala que la delegación de su país desea formular varias observaciones, con el objeto de acelerar la labor de la Comisión. En primer lugar, se declara resueltamente partidaria de no suprimir el término “ejecutable”, porque ello equivaldría a suprimir todo el artículo 15. En segundo, la cuestión del término “ejecutable” es más de fondo que de forma. Si el acuerdo conciliatorio se considera un contrato y si hay variaciones en cuanto a la ejecutabilidad, no se crearían dificultades. En tercer lugar, como señaló el Secretario de la CNUDMI, el texto que tienen ante sí los delegados fue debatido a fondo por el Grupo de Trabajo, de manera que todo cambio se deberá introducir únicamente por razones imperativas.

32. El **Sr. Joko Smart** (Sierra Leona) apoya la propuesta de los Estados Unidos en el sentido de suprimir el término “ejecutable” porque en algunos idiomas y ordenamientos jurídicos se le daría un significado y en otros, otro distinto. El objetivo de la ley modelo no es determinar qué acuerdos deben ser ejecutables; ello corresponde a l ámbito del respectivo derecho nacional aplicable. No se justifica la inquietud de China respecto de la supresión propuesta; conservar el término “ejecutable” sería suficiente y los tribunales pueden determinar qué medidas se requieren.

33. El **Sr. Jacquet** (Francia) agradece profundamente la propuesta de la delegación de los Estados Unidos en favor de suprimir el término “ejecutable”, que refleja su comprensión de las dificultades que éste entraña para los países francófonos. Sin embargo, tras alguna reflexión, la problemática traducción francesa “exécutoire” se abandonó en favor de “susceptible d’exécution”, que refleja el sentido del término “ejecutable” sin plantear problemas de interpretación.

34. El **Sr. Lebedev** (Federación de Rusia) es partidario de conservar en el artículo 15 el término “ejecutable”, porque parecen haberse resuelto los problemas de traducirlo al español, el francés y el ruso de manera que no cause problemas de interpretación jurídica. La Comisión no intenta decidir la forma de reflejar el principio en medidas concretas, sino sólo dar carácter obligatorio al principio propiamente tal.

35. El **Sr. Lefebvre** (Canadá) señala que la delegación de su país comparte la opinión de los Estados Unidos de América y de otras delegaciones sobre la propuesta de México. El problema es que otros funcionarios públicos, como los notarios, y no sólo los tribunales, pueden participar en la ejecución de los acuerdos. Apoya la propuesta de Francia en el sentido de utilizar otra traducción al francés del término “ejecutable”.

36. El **Sr. Meena** (India) señala que antes de pronunciarse sobre los términos utilizados, la Comisión debe examinar sus consecuencias jurídicas. “Vinculante” significa “vinculante para las partes en el acuerdo” mientras que “ejecutable” se refiere a que, en caso de incumplimiento, una parte pueda recurrir a los tribunales. Como las partes han decidido someter su controversia a conciliación, sería inútil adoptar dicha medida a menos que ello fuera inevitable.

37. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) concuerda con la solución de Francia en el sentido de utilizar otra traducción del término inglés “enforcement”.

38. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) señala que la delegación de su país sugirió únicamente suprimir el término “ejecutable” para eliminar los problemas de interpretación lingüística y jurídica que parecían haberse planteado. Si se han eliminado estos problemas, le satisfaría retirar su propuesta anterior. Respalda la propuesta del Secretario de la Comisión en el sentido de sustituir el término “firman” del proyecto de artículo 15 por los términos “llegan a”.

39. **El Presidente** señala que el texto inicial propuesto por el grupo de redacción se conservará, pero que el término “firman” se reemplazará por “llegan a”. El grupo de redacción abordará la cuestión de traducir de manera apropiada el término inglés “enforceable” y, cuando proceda, se incorporarán explicaciones en la guía. La Comisión volvió a examinar la cuestión de conservar una nota de pie de página relativa al artículo 15, o de agregar este artículo a la lista de artículos contenidos en el artículo 3 que no pueden ni excluirse ni modificarse.

40. El **Sr. Jacquet** (Francia) desea profundizar sobre el planteamiento de la delegación de su país en el sentido de agregar el artículo 15 a la lista de artículos que no pueden ni excluirse ni modificarse. El primer argumento en favor de ello es lógico. El contenido del artículo 15 en su formulación actual le da un carácter singular porque hace “vinculantes y ejecutables” los acuerdos conciliatorios entre las partes. Permitir que se excluya o modifique al eliminarlo de la lista del artículo 3 equivale a decir en un momento que algo es obligatorio y en el siguiente que no lo es.

41. El segundo argumento en favor de ello se refiere al fondo. La conciliación puede tener diversos resultados, uno solo de los cuales es un acuerdo auténtico. Se debe establecer un equilibrio entre las opciones que se dejen a las partes (el principio de la autonomía de la voluntad de las partes) y la eliminación de la repercusión del artículo 15. Si las partes desean considerar que la conciliación a que han llegado no constituye acuerdo en el sentido del artículo 15, deben hallarse en libertad para señalarlo. Sin embargo, ello no significa que el artículo 15, que abarca un número considerable de acuerdos conciliatorios, deba verse despojado de su significado; por el contrario, se lo debe fortalecer.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

Acta resumida de la 748ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el viernes 21 de junio de 2002 a las 15.00 horas (A/CN.9/SR.748)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 55	1328

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), El Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 15.10 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

Proyecto de artículo 3. Modificación mediante acuerdo (continuación)

1. **El Presidente** invita a la Comisión a reanudar el examen de la propuesta de Francia de que se mencione el proyecto de artículo 15 en el proyecto de artículo 3, a fin de que la ejecutoriedad del acuerdo de transacción pase a ser una de las disposiciones imperativas y, por ende, no susceptible de modificación mediante acuerdo entre las partes.

2. La **Sra. Moosa** (Singapur) dice que, tras reflexionar, su delegación ha decidido no apoyar la propuesta de Francia porque socavaría el principio de la autonomía de las partes y sería incompatible con la nota de pie de página 4 del proyecto de artículo 15.

3. El **Sr. Shimizu** (Japón) dice que su delegación tiene reservas en cuanto a mencionar el proyecto de artículo 15 en el proyecto de artículo 3. La interpretación del proyecto de artículo 15 se dejó deliberadamente en manos de cada Estado. La nota de pie de página 4 prevé que el Estado promulgante podrá considerar la posibilidad de que el procedimiento para ejecutar los acuerdos de transacción sea imperativo. Dado el carácter abierto del proyecto de artículo 15, debe corresponder también a cada Estado determinar a su discreción si el proyecto de artículo 3 contendrá o no una referencia al proyecto de artículo 15. Tal vez convenga añadir una nota de pie de página al proyecto de artículo 3 en la que se explique que el Estado promulgante determinará si se menciono o no en él el proyecto de artículo 15 en función de lo que decida acerca del proyecto de artículo 15.

4. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que su delegación respaldará la propuesta de Francia con las reservas formuladas anteriormente, o sea, que, si bien las partes no podrán dar a los acuerdos de transacción una fuerza ejecutoria mayor de la que disponen las leyes de los países, sí podrán convenir en negarles fuerza ejecutoria total o parcialmente.

5. La **Sra. Moosa** (Singapur), refiriéndose a la posición de Suiza, señala que es innecesario disponer que las partes no podrán dar a sus acuerdos de transacción una fuerza ejecutoria mayor de la que permita el derecho interno, puesto que en la práctica los mecanismos para conferirles fuerza ejecutoria sencillamente no existirán.

Otro argumento a favor de la flexibilidad es que podría haber casos en que la controversia se zanje mediante la simple presentación de excusas de una parte a la otra y su aceptación por esta última. Es difícil imaginar de qué forma se ejecutaría ese tipo de acuerdo.

6. **El Presidente** dice que, pese a que la propuesta de Francia ha contado con cierto apoyo, la mayoría de los miembros de la Comisión parece preferir que se mantenga el enunciado actual del proyecto de artículo 3.

7. *Queda provisionalmente aprobado el proyecto de artículo 3.*

Nota de pie de página 1 del proyecto de artículo 1

8. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) presenta el documento de conferencia A/CN.9/XXXV/CRP.3, en el que se proponen enmiendas al texto en caso de que los Estados promulgantes deseen incorporar la Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimiento de conciliación tanto nacionales como internacionales. El párrafo 1 del documento A/CN.9/XXXV/CRP.3 contiene un proyecto de texto propuesto para su incorporación en la nota de pie de página 1 del proyecto de artículo 1, y el párrafo 2 recoge un proyecto de texto que se incorporaría al párrafo 47 del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/514).

9. En el documento de conferencia, que es el resultado de concesiones recíprocas, se prevé que las disposiciones que conforman el cuerpo de la Ley Modelo regirán sólo la conciliación internacional, pero en la nota de pie de página se sugieren enmiendas que permitirían a los Estados adaptar aquellas disposiciones si se propusieran aplicarlas en el ámbito nacional. Es necesario enmendar el texto propuesto para incorporar al párrafo 47 del proyecto de guía a fin de hacerlo compatible con el párrafo de la Ley Modelo al que se refiere. Se suprimió la referencia a un conciliador único o a un tercer conciliador en el párrafo 5 del proyecto de artículo 6 relativo a la designación de los conciliadores, por su analogía con el arbitraje. Por consiguiente, habrá que sustituir por la expresión “cuando proceda” las palabras “con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador” cuando aparezca en el texto propuesto para el párrafo 47. Naturalmente, habrá que corregir las referencias de todos los párrafos y artículos para que coincidan con la versión definitiva de la Ley Modelo.

10. **El Presidente** señala a la Comisión que hay dos opciones en la nota de pie de página 1 referidas al párrafo 5) del proyecto de artículo 1. La primera consiste simplemente en suprimir el párrafo; la segunda, en sustituirlo por el texto “La presente Ley será aplicable también cuando las partes así lo convengan”.

11. El **Sr. Morán Bovio** (España) señala que el texto propuesto será útil para los Estados que carecen de legislación sobre la conciliación a nivel nacional y deseen adaptar la Ley Modelo a sus necesidades. En cuanto a las dos opciones, la delegación de España considera que la segunda es más clara y amplía el alcance de la labor de la Comisión.

12. La **Sra. Moosa** (Singapur) dice que, si bien su delegación prefiere la segunda opción, desea proponer una enmienda de redacción para que resalte su paralelismo con el enunciado del párrafo 5 del proyecto de artículo 1: “La presente Ley se aplicará también a la conciliación comercial cuando las partes así lo convengan.”

13. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) desea saber en qué casos se contempla que las partes podrían convenir en la aplicación de la Ley Modelo. Si ésta rige exclusivamente la conciliación internacional, las partes podrán convenir, conforme al párrafo 5 del artículo 1, en que la conciliación debe tenerse por internacional o que la Ley será aplicable pese al carácter nacional de la conciliación. Sin embargo, si la Ley rigiera los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales, desaparecería la necesidad de concertar tal acuerdo. En una etapa anterior de su labor, el Grupo de Trabajo decidió que no se aplicara al derecho internacional privado. La

única posibilidad se daría en el supuesto de que las partes convinieran en que la Ley habría de ser aplicable aun cuando la controversia entre ellas no fuera comercial.

14. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) explica que al redactar la segunda opción se tuvieron presentes dos situaciones. En primer lugar, en ciertos procedimientos de conciliación de índole muy oficiosa, puede haber dudas sobre si corresponde aplicar la Ley Modelo, a menos que las partes así lo convengan. En segundo lugar, dado que a menudo es difícil precisar el lugar en que se sustanciará el procedimiento de conciliación, el acuerdo resolvería la cuestión de la elección del foro. No se tuvo en cuenta la posibilidad de aplicar la Ley Modelo a la conciliación no comercial.

15. La **Sra. Renfors** (Suecia) destaca la importancia de no dar la impresión de que la Ley Modelo es aplicable a la conciliación no comercial.

16. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) responde que no corresponde disponer en la Ley Modelo si las partes en una controversia no comercial podrán convenir o no acogerse a ella; se trata más bien de una cuestión de orden público que ha de abordarse en el país que corresponda. Con todo, el enunciado propuesto por la representante de Singapur podría satisfacer a la delegación de Suecia.

17. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que podría haber situaciones ambiguas en que a las partes les resultara difícil determinar si sus operaciones entran en la definición de "comercial" que figura en la nota de pie de página 2 del proyecto de artículo 1. En tal situación, un acuerdo entre las partes despejaría toda duda. Es útil que las partes puedan optar por acogerse a la Ley y es precisamente por ese motivo que el enunciado que propone la representante de Singapur resulta menos interesante.

18. La **Sra. Moosa** (Singapur), teniendo en cuenta las observaciones del representante de los Estados Unidos, retira su propuesta y subraya que observó que no se aludía a la conciliación "comercial" en el resto del texto.

19. **El Presidente** sugiere que la Comisión apruebe la segunda opción del párrafo 1 que recoge el documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.3, cuyo texto dice: "Reemplácese el párrafo 5 del artículo 1 por las palabras 'La presente Ley será aplicable también cuando las partes así lo convengan'.

20. El **Sr. Shimizu** (Japón) dice que le resulta difícil entender en qué sentido ese enunciado facultará a las partes para aplicar la Ley Modelo cuando les sea difícil determinar la índole de la conciliación, como sostiene el representante de los Estados Unidos. Objetivamente, una conciliación ha de ser comercial o no comercial. En el primer supuesto, es innecesario concertar un acuerdo aparte; en el segundo, podrá optarse por aplicar la Ley Modelo mediante acuerdo. El orador se pregunta si se pretende que ésa sea la finalidad del proyecto.

21. **El Presidente** dice que el problema no radica en la nota, sino en el párrafo 5 del proyecto de artículo 1. Tal vez sea necesario explicar la cuestión en la Guía para la incorporación al derecho interno y la aplicación de la Ley Modelo.

22. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que, según observa, se pretende que la Ley Modelo se aplique cuando las partes así lo convengan. No obstante, en virtud del párrafo 1 del artículo 1, se supone que se aplica únicamente a la conciliación comercial. Le desconcierta que se proponga a estas alturas facultar a las partes para decidir si el procedimiento de conciliación se regirá o no por la Ley Modelo, aun cuando no se trate de una controversia de carácter comercial.

23. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) recuerda que, según la nota de pie de página 2 del proyecto de ley modelo (A/CN.9/506, anexo), debe darse una interpretación amplia al término "comercial". Dado que las relaciones que pueden calificarse de comerciales pueden dividirse en distintas categorías, es posible que algunos

casos de conciliación no se ajusten a ninguna de ellas; por ello sería útil prever un mecanismo que permitiera determinar con certeza el carácter de la conciliación. Si se aprueba el proyecto de artículo 1 sin la nota de pie de página propuesta, la Ley Modelo se aplicará a las conciliaciones comerciales tanto nacionales como internacionales. Si se aprueba el enunciado propuesto de la nota de pie de página, habrá que suprimir las palabras "a toda conciliación comercial" del párrafo 5 del proyecto de artículo 1. Esa opción sería congruente con la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, en virtud de la cual las partes pueden determinar que una relación es internacional si no saben con certeza si lo es o no.

24. El **Sr. Lefebvre** (Canadá) considera que lo mejor sería aplicar un criterio práctico y dejar al arbitrio de las partes la decisión de si la Ley Modelo es aplicable o no. No debe corresponder a los tribunales determinar si una controversia es o no de carácter comercial.

25. **El Presidente** señala que si se suprime el párrafo 5 del proyecto de artículo 1 y se mantiene la nota de pie de página propuesta, la consecuencia sería que los países que aprobaran la Ley Modelo podrían aplicarla a conciliaciones no comerciales.

26. Respondiendo a una pregunta del Sr. Jacquet (Francia), el Presidente confirma que esa cuestión es en efecto lo que la Comisión examina en ese momento.

27. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que, como el proyecto de artículo 1 trata exclusivamente de la conciliación internacional, deberá sufrir, al igual que el proyecto de artículo 2, enmiendas considerables. Subraya que en el proyecto de artículo 2 se dispone que, al interpretar la Ley Modelo, habrá de tenerse en cuenta su origen internacional a fin de promover la uniformidad de su aplicación.

28. **El Presidente** dice que la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional se ha incorporado al derecho mexicano de modo que resulta aplicable al arbitraje tanto nacional como internacional. No obstante, los legisladores de su país consideran que cometieron un error al no haber incluido en la ley nacional de arbitraje una cláusula de interpretación. Si se omite el proyecto de artículo 2, el régimen de la Ley Modelo podría tener efectos distintos según se trata de un procedimiento nacional o internacional; si se mantiene, se logrará una interpretación uniforme gracias a la referencia a su "origen internacional".

29. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) destaca la importancia de precisar los puntos que se debaten. La Comisión examina dos enunciados distintos del párrafo 5 del proyecto de artículo 1, pero no ve con claridad las consecuencias que tendría la segunda opción ¿Quiere decir que una controversia susceptible de conciliación no necesita ser de índole comercial porque las partes pueden optar de todos modos por la vía conciliatoria, o que se mantendrá el requisito de que la controversia sea comercial? La supresión del párrafo 5 y su sustitución por la oración "La presente Ley será también aplicable cuando las partes así lo convengan" supondrían que, al aplicarse la Ley Modelo en el ámbito nacional, la controversia no debería ser forzosamente de carácter comercial. Si esa no es la intención de la Comisión, conviene enmendar el texto.

30. **El Presidente** dice que la Secretaría propone sustituir el párrafo 5 del proyecto de artículo 1 por la oración "La presente Ley se aplicará también a la conciliación comercial cuando las partes así lo convengan". La interpretación correcta del párrafo 5 podría explicarse en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Entretanto, hay que optar por uno de los dos enunciados que se proponen en la nota de pie de página (A/CN.9/XXXV/CRP.3).

31. El **Sr. Shimizu** (Japón) dice que su delegación prefiere la primera de las dos opciones de párrafo 5, puesto que en el párrafo 7 se dispone que las partes podrán convenir en que la Ley Modelo no sea aplicable.

32. **El Presidente** dice que una posible solución es suprimir por completo el párrafo 5.

33. El **Sr. Heger** (Alemania), al que se suman el **Sr. Markus** (observador de Suiza), el **Sr. Zanker** (Australia), el **Sr. Renfors** (Suecia) y el **Sr. Jacquet** (Francia), indica, al igual que el representante del Japón, su preferencia por la primera opción. La segunda opción daría pie a que la Ley Modelo se aplicara a la conciliación no comercial, la cual no entra propiamente en su ámbito.

34. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar la nota de pie de página del proyecto de artículo 1 en su forma enmendada y suprimir el párrafo 5 del proyecto de artículo 1.

35. *Así queda acordado*.

36. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) plantea si no corresponde revisar el párrafo 1 del proyecto de artículo 2, dado que la Ley Modelo será aplicable en el ámbito nacional.

37. **El Presidente** dice que tanto la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico como la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza contienen disposiciones que prevén la aplicación de sus respectivos textos a los casos tanto nacionales como internacionales. Sería muy lamentable que se diera una interpretación distinta en los dos contextos a las disposiciones de la nueva Ley Modelo.

38. El **Sr. Morán Bovio** (España) señala que se hace hincapié en el origen internacional del texto de la Ley Modelo para evitar disparidades en la jurisprudencia de los países que la adopten. Debe seguir insistiéndose en el origen internacional de la Ley Modelo para que se aplique con criterio uniforme.

Se suspende la sesión a las 16.20 horas y se reanuda a las 17.05 horas.

Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional

39. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) explica que el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y la aplicación de la Ley Modelo (A/CN.9/514) se basa en el proyecto de texto de dicha ley que figura en el anexo del documento A/CN.9/506 y advierte que deberá revisarse a la luz de las enmiendas que se han introducido en el período de sesiones en curso. La Secretaría elaborará el texto definitivo conforme a las recomendaciones que formule la Comisión y lo publicará ulteriormente sin presentarlo a la Comisión. Las leyes modelo anteriores se habían complementado con guías concebidas únicamente para orientar a los legisladores a la hora de incorporarlas al derecho interno. El hecho de que el documento explicativo de la presente Ley Modelo se titule “Guía para la incorporación al derecho interno y la aplicación” indica que esta vez va dirigida no sólo a los legisladores, sino también a quienes la utilicen e interpreten.

Finalidad de la Guía (*párrafos 1 a 4 del proyecto de guía*)

40. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que habrá que enmendar el párrafo 4 para indicar que la Guía no deberá someterse a la aprobación de la Comisión.

Introducción a la Ley Modelo (*párrafos 5 a 25 del proyecto de guía*)

41. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que en la definición del párrafo 5 se omite una característica esencial de la conciliación, consistente en que las partes en litigio solicitan el concurso de un tercero para que las ayude a dirimir su controversia. Debe aclararse en el párrafo 6 que el grado de control que tienen las partes sobre el proceso no es el mismo en todas las secciones de la Ley Modelo. Según algunas

disposiciones, una parte puede actuar sola; conforme a otras, el conciliador controla el procedimiento, a menos que las partes convengan otra cosa. Aun cuando a veces se interpreta que el concepto de "vías alternativas para la solución de una controversia" incluye el arbitraje, éste queda excluido por completo de la definición del párrafo 7. Si ha de definirse la expresión, habrá que procurar al menos que refleje con mayor precisión las dos interpretaciones.

42. Convendría reorganizar el material de los párrafos 5 a 10 para poner de relieve las ventajas de la conciliación. Hay muchas razones que pueden esgrimirse en su favor y es necesario precisarlas en la Guía. Es incorrecto decir, como se hace en el párrafo 9, que un conjunto de normas como el Reglamento de Conciliación de la UNCITRAL pueden regir la admisibilidad de las pruebas. Sólo las leyes sirven de orientación a los tribunales a la hora de determinar cuestiones de admisibilidad.

43. El **Sr. Jacquet** (Francia) opina que la descripción de la conciliación como "vía alternativa" o como procedimiento para solucionar controversias que "no depende de un fallo vinculante" no alentará a las partes a recurrir a ella. Si bien la definición del párrafo 7 no es totalmente incorrecta, cabría modificarla para destacar las ventajas de la conciliación.

44. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) pone en tela de juicio la afirmación que se hace en el párrafo 13 de que la Ley Modelo contribuirá a dar mayor estabilidad al mercado, aun cuando la conciliación tenga otras ventajas, como la de permitir llegar a un arreglo amistoso sin ocasionar grandes gastos. Análogamente, es exagerado sostener que los objetivos de la Ley Modelo son esenciales para promover el comercio internacional, por lo que habrá que enmendar el párrafo 14 en consecuencia. Los párrafos 16 y 17 recogen un cúmulo de detalles, en particular sobre el arbitraje, que tienden a desviar la atención del tema central de la Guía.

45. El **Sr. Morán Bovio** (España), refiriéndose a las observaciones de la delegación de los Estados Unidos, opina que, si bien convendría eliminar texto en la sección sobre los antecedentes e historia de la Ley Modelo, deberían resumirse las principales etapas de elaboración de la Guía. Un panorama histórico podría ser de gran utilidad para los legisladores, que podrían encontrar más información en la página de la UNCITRAL en Internet, buscar otros documentos de interés y consultar a los delegados nacionales. Con ello se contribuiría también a mostrar cómo ha ido evolucionando la labor de la Comisión al respecto.

46. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que los párrafos 16 y 17 desvían la atención del tema central de la Guía y convendría suprimirlos, como sostiene la delegación de los Estados Unidos. Si conviene recoger información sobre cómo ha evolucionado la elaboración de los textos, sería mejor presentarla en forma de cuadro al final del documento, donde podría hacerse referencia a los documentos que ha elaborado el Grupo de Trabajo en el curso de sus deliberaciones.

47. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que debe volver a redactarse la sección sobre la estructura de la Ley Modelo, para que la idea central sea la de evitar que se utilice ulteriormente la información que se revela en el curso de un procedimiento de conciliación si éste no prospera. Podría recogerse esa idea entre los párrafos 20 a 23; tal vez, en el párrafo 22.

Observaciones sobre cada artículo

Artículo 1. Ámbito de aplicación (*párrafos 26 a 35 del proyecto de guía*)

48. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) recuerda que, al examinar el párrafo 2 del artículo 1, su delegación destacó la importancia de que se puntualizara si un conjunto particular de hechos constituía un caso de

conciliación según se definía en esa disposición. Un tribunal debería tener en cuenta toda prueba que demostrara si las partes consideraban o no que se cumplían las condiciones para una conciliación y que eran aplicables las disposiciones de la Ley Modelo.

49. Según el párrafo 7 del artículo 1, la Ley se aplicará en un procedimiento de conciliación sustanciado por un tribunal. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 8, no será aplicable cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes. Al examinarse en el párrafo 35 de la Guía el párrafo 8 del artículo 1 de la Ley Modelo se habla de que el tribunal pondrá en marcha un "proceso de conciliación", en vez de reproducirse las palabras "trate de facilitar la concertación de un arreglo". La Guía debe indicar la diferencia entre la situación en que un tribunal o un juez actúa como facilitador de la concertación de un arreglo, y no como conciliador, y la situación en que el juez o el árbitro actúa como conciliador. Cuando el juez no actúe como conciliador, la ley no será aplicable, pero en cuanto asuma el papel de conciliador, sí lo será. La diferencia viene determinada por el hecho de que en el supuesto del párrafo 8, el tribunal actúa de oficio o, tal vez, a instancia de una parte, pero no de las dos. Si un tribunal trata de facilitar la concertación de un arreglo actuando de oficio, no se hará las veces de un conciliador; no obstante, si las dos partes acuden al juez y piden su asesoramiento, el juez se convierte en conciliador y por ende quedará sujeto a las disposiciones de la Ley Modelo. Este matiz debe explicarse claramente en la Guía.

50. El **Sr. Shimizu** (Japón) sugiere que en el párrafo 31 se inserte el texto siguiente: "El artículo 1 no se entenderá en contradicción con la aplicación de las normas de derecho internacional privado".

51. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que su delegación considera adecuado el contenido del párrafo 8 del artículo 1. La Ley Modelo no determina cuestiones procesales, como el número requerido de conciliadores ni la forma de designarlos. Es importante subrayar que la Ley Modelo no rige cuestiones procesales. Sugiere que se inserte en el párrafo 35, o en alguna otra sección apropiada de la Guía, la siguiente oración: "La Ley Modelo no tiene por objeto indicar si un juez o un árbitro pueden o no llevar a cabo un proceso de conciliación en el curso de un procedimiento judicial o arbitral".

52. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) señala que el párrafo 27 dice que el concepto del término "comercial" se define en la nota 2 de pie de página correspondiente al párrafo 1 del artículo 1; sin embargo, en el mismo párrafo se afirma más adelante que la Ley Modelo no contiene ninguna definición estricta del término "comercial". Convendría que para evitar confusiones, al referirse a la nota de pie de página, se hable de una "lista ilustrativa" de relaciones comerciales, en vez de emplear el término "definición".

53. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) pide a la delegación de los Estados Unidos que aclare sus observaciones acerca de la segunda oración del párrafo 35. Cuando la Ley Modelo estaba en curso de elaboración se determinó que un juez podía poner en marcha un proceso para facilitar la concertación de un arreglo, ya fuera a instancia de las partes o en ejercicio de sus prerrogativas, o sea, de oficio. Cree haber entendido que el representante de los Estados Unidos ha dicho que la aplicación del párrafo 8 del artículo 1 debe restringirse a los supuestos en que el juez actúe por iniciativa propia.

54. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) aclara que, según recuerda, al debatirse el párrafo 8 del artículo 1, se convino en utilizar la expresión "facilitar la concertación de un arreglo" para evitar el término "conciliación", en razón de que, cuando un juez o un árbitro actúa como conciliador, queda sujeto a la Ley Modelo mientras cumpla las funciones de conciliador. En virtud del ordenamiento chino, el árbitro puede asumir esas funciones durante cierto tiempo y posteriormente volver a actuar en calidad de árbitro. El hecho de que se apliquen o no las disposiciones de la Ley Modelo que rigen la utilización de la información revelada durante el procedimiento de conciliación para fines ulteriores de la otra parte, la confidencialidad y otras disposiciones de carácter similar depende de qué función cumpla el juez o árbitro. Cuando procura facilitar la concertación de un arreglo, actúa en calidad de juez o árbitro.

55. El texto exige una diferenciación y esa diferenciación se establece en la definición de conciliación del párrafo 2 del artículo 1. Según esa definición, si ambas partes solicitan los servicios del juez o árbitro y éste acepta prestarlos, la actuación del juez entrará en el ámbito de la conciliación y, por ende, se aplicarán las disposiciones de la Ley que rigen el procedimiento de conciliación y amparan a las partes que se someten a él. Ahora bien, si no se cumplen los requisitos enunciados en la definición, no serán aplicables las disposiciones de la Ley Modelo. Es útil advertir a las partes, a los jueces y a otras personas pertinentes que el sentido de las palabras "facilitar la concertación de un arreglo" difiere del concepto de conciliación y que, por lo tanto, debe hacerse referencia a la definición de conciliación. El orador coincide con el representante de China en que debe quedar claramente establecido que la Ley Modelo no impide que un árbitro alterne su función de árbitro con la de conciliador. Las prácticas difieren de un ordenamiento a otro y, en ese sentido, en la Ley Modelo no se toma partido por ninguno. Convendrá destacarlo también cuando se examine el proyecto de artículo 13, que trata del conciliador como árbitro.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

Acta resumida de la 749ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el lunes 24 de junio de 2002 a las 10.00 horas (A/CN.9/SR.749)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 62	1336
Elección de la mesa (*continuación*)	63 - 64	1343

En ausencia del Sr. Akam-Akam (Camerún) ocupa la presidencia el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario.

Se declara abierta la sesión a las 10.10 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

Proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (A/CN.9/514)

Artículo 1. Ámbito de aplicación (párrafos 26 a 35 del proyecto de guía) (continuación)

1. El **Sr. Inoue** (Japón) pide aclaraciones sobre el párrafo 8 del artículo 1: desea saber si se considera que la Ley Modelo no es aplicable a la denominada "conciliación anexada", que no está comprendida en la definición de conciliación contenida en el párrafo 2 del artículo 1.

2. **El Presidente** dice que el párrafo 14 de la adición 1 al proyecto de informe sobre el 35º período de sesiones (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.1) trata de esta cuestión y que, de ser necesario, podría remitirse a la secretaría de conformidad con el debate realizado en el grupo de redacción.

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo (párrafo 38 del proyecto de guía)

3. El **Sr. Jacquet** (Francia) señala que el párrafo 38 se refiere tanto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes como a dejar en sus manos casi todas las cuestiones que pueden resolverse mediante acuerdo. Para mantener la coherencia sugiere que, en lugar de ello, en el párrafo 38 se afirme que las partes tienen la facultad general de derogar cualquier artículo de la Ley Modelo. Esa facultad de derogación no es exactamente lo mismo que la autonomía de la voluntad de las partes, un concepto que el orador prefiere reservar para aquellos artículos de la Ley Modelo que contienen la frase "salvo acuerdo en contrario de las partes". Al marcar esta distinción se aseguraría que la utilización de esa frase no se interprete como una invalidación del artículo 3 de la Ley Modelo.

4. **El Presidente** dice que en sus estudios de derecho aprendió que “derogación” era una palabra reservada a la actividad legislativa y que la frase se podría ampliar utilizando un calificativo, como por ejemplo “derogación por las partes” para distinguirla de la derogación realizada por el legislador.

5. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que la cuestión planteada por el Presidente está resuelta por el mismo título del artículo (“*Modificación mediante acuerdo*”); le gustaría, simplemente, que el párrafo 38 de la Guía correspondiera a su título y que se utilizaran las palabras de ese título en vez de referirse sólo a la autonomía de la voluntad de las partes.

6. **El Presidente** señala que la palabra “derogación” parece haberse utilizado sólo en la versión francesa del proyecto de ley modelo y del proyecto de guía. Los otros idiomas no utilizan la misma palabra (en español dice “*modificación mediante acuerdo*”).

7. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) plantea diversas cuestiones en relación con las observaciones de la delegación francesa. En primer lugar, no está de acuerdo con la opinión de que el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y la posibilidad de modificar las disposiciones del proyecto de ley modelo sean dos cuestiones distintas. Considera que la modificación es un simple ejemplo del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. En segundo lugar, con respecto a la palabra “derogación”, el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ofrece un ejemplo de diversas palabras utilizadas para denotar el mismo concepto: el primer párrafo dice: “... tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito”, y en el segundo se estipula que se aplicará el Reglamento “excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición”. Como los documentos de la CNUDMI utilizan distintas palabras para describir ese fenómeno el orador considera que las disposiciones del proyecto de guía son totalmente correctas, aunque no se opone a que se agreguen más explicaciones.

8. En tercer lugar, desea señalar que frases como “salvo acuerdo en contrario de las partes” se incluyeron en algunos artículos y no en otros, simplemente por una cuestión práctica: no es necesario que las partes recuerden ante todo que el artículo 3 de la Ley Modelo se aplica prácticamente en forma general. Evidentemente la intención no fue debilitar el artículo 3, sino más bien recordar a las partes su existencia. Sugiere que en el párrafo 38 de la Guía se explique que, si bien la frase “salvo acuerdo en contrario de las partes” se utiliza en algunos artículos de la Ley Modelo, esto no significa, de ninguna manera, que el artículo 3 de la Ley Modelo sea inaplicable a aquellos artículos en donde falta.

9. **El Presidente** dice que la secretaría tendrá en cuenta las observaciones formuladas cuando decida sobre la redacción de la Guía. La secretaría ya le había advertido que las posiciones de los representantes de Francia y de los Estados Unidos podían ser incompatibles. No hay una diferencia jurídica entre la norma general establecida en el artículo 3 del proyecto de ley modelo y la frase concreta “salvo acuerdo en contrario de las partes” agregada a alguno de los artículos para aclararlos.

10. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que su única preocupación es la claridad. El artículo 3 establece que las partes podrán convenir “en excluir ... o en modificar” cualquiera de las disposiciones de la Ley Modelo. Él se conformaría con que el párrafo 38 del proyecto de guía dejara en claro que existen estas dos opciones. “Excluir” denota una “modificación mediante acuerdo” propiamente dicha, mientras que “modificar” denota una alteración que las partes han adoptado en forma independientemente.

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación (párrafos 39 a 44 del proyecto de guía)

11. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) se refiere al proyecto de nota del artículo 4, donde se propone un artículo X relativo a la suspensión del plazo de prescripción de la reclamación que es objeto de la

conciliación y recuerda los debates anteriores, cuando se sugirió que la Guía debía alertar a las partes sobre el hecho de que, si adoptaran el artículo X sería inevitable agregar otras estipulaciones para poder solucionar las posibles dificultades que se presentan. Ejemplo de estas dificultades sería determinar exactamente el comienzo y el fin del plazo de prescripción de la reclamación, ya que la Ley Modelo que deliberadamente se dejó flexible, no lo especifica. Las partes deberán sopesar las ventajas y desventajas de incluir un artículo sobre la suspensión del plazo de prescripción, ya que tendría consecuencias perjudiciales, vale decir una menor flexibilidad y una mayor necesidad de agregar otras estipulaciones. La Comisión debería mantenerse neutral, pero sin dejar de señalar que la adopción del artículo X no carece de repercusiones.

12. **El Presidente** tiene serias dudas sobre la propuesta de los Estados Unidos. La Comisión ha decidido que la Guía debe establecer los pro y los contra del artículo X, que es un compromiso entre las partes y, por lo tanto, no se puede considerar como una derogación. También le resulta difícil reconciliar el hecho de que en una guía sobre un texto de la CNUDMI que ha sido convenido, y que está destinado a ser adoptado como modelo, se incluya una sugerencia de que ese mismo texto puede ser impreciso o necesite un cambio. En los párrafos 21 y 22 de la adición 1 al proyecto de informe sobre el 35º período de sesiones (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.1) se mencionan exhaustivamente los argumentos relativos al artículo X, y se ha tomado una decisión de conformidad.

13. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que su delegación no tuvo la intención de sugerir que el actual texto de la Guía fuese, de ninguna manera, impreciso ni necesitara cambiarse. Su punto es la flexibilidad del texto, y que la Guía debería contener un examen equilibrado sobre el contenido del artículo X, como lo hace con otros temas. Según recuerda el orador, la Comisión llegó a la conclusión de que si el artículo X se incluía como una nota del artículo 4 la Guía debería contener una evaluación equilibrada como la que está sugiriendo su delegación. El orador dice que el argumento de su delegación y el del por el Presidente no son incompatibles, y que la secretaría debería tenerlos en cuenta.

14. Según el **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) habría que respetar el acuerdo que logró la Comisión después de haber examinado el artículo X. Es verdad que ese examen mostró las dudas existentes sobre la conveniencia de presentar en una nota la opción de adoptar el artículo X, pero también se expresó el otro punto de vista: no prever el criterio ofrecido por el artículo X tendría el efecto de dejar correr el plazo de prescripción de la reclamación sometida a conciliación, sin posibilidad de suspenderlo. El orador insta a que no se abandone la práctica establecida y a que la Comisión mantenga su neutralidad.

15. En opinión del **Sr. Heger** (Alemania), podría considerarse que el párrafo 44 del proyecto de guía ya incluye el argumento equilibrado que propone el representante de los Estados Unidos, y no ve la forma de que el texto fuese más allá.

16. **El Presidente** dice que la secretaría tendrá en cuenta las observaciones formuladas, el párrafo 44 del proyecto de guía y los párrafos 21 y 22 de la adición 1 al proyecto de informe sobre el 35º período de sesiones (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.1), para exponer en forma neutral y equilibrada las ventajas y desventajas del artículo X de la Guía.

Artículo 5. Número de conciliadores; Artículo 6. Designación de los conciliadores (párrafos 45 a 48 del proyecto de guía)

17. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América), se refiere a la primera línea del párrafo 47 del proyecto de guía, que trata del artículo 6, y cuestiona la utilización en inglés de la frase “has to be had” (deberá). Opina que esta frase debe cambiarse, ya que en su estado actual sugiere un requisito ineludible de encomendar el nombramiento a una institución o a un tercero. Pero cuando las partes no logran acuerdo sobre el nombramiento de un conciliador pueden pedir ayuda o pueden decidir que no desean someterse a conciliación, ya que no han podido ponerse de acuerdo sobre un conciliador. Además, también pueden decidir que tendrán dos conciliadores,

ya que según la práctica establecida en la conciliación no es esencial contar con un número impar de conciliadores.

18. Su delegación está de acuerdo en que las disposiciones del párrafo 6 del artículo 6 sobre la revelación de las circunstancias no tiene por objeto sentar normas más amplias que las contempladas en el derecho de los contratos y que, evidentemente, es necesario establecer ese hecho en el texto de la Guía. Su delegación también es partidaria de incluir el texto propuesto, que figura en el párrafo 2 del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.3, en el párrafo 47 del proyecto de guía.

19. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) recuerda que una versión anterior del artículo que trata del nombramiento de los conciliadores partía de la base de que cada parte elegía entre dos conciliadores. Se acordó que en las controversias con diversas partes podía adoptarse un criterio común. Parece que el párrafo 46 del proyecto de guía refleja la postura anterior y no la actual. Por lo tanto se necesita una reforma bastante amplia.

20. El orador también cuestiona la redacción del párrafo 46, ya que parece indicar que, en los debates preparatorios del proyecto de ley modelo se consideró intrínsecamente mejor el criterio de que cada parte nombrara su propio conciliador. No sería apropiado conservar esa redacción, porque ese criterio particular no fue adoptado como una característica del proyecto de ley modelo.

21. La **Sra. Renfors** (Suecia) apoya la opinión expresada por el representante del Reino Unido con respecto a la necesidad de reformar el párrafo 46 a fin de reflejar los cambios realizados en el artículo que trata del nombramiento de los conciliadores.

Artículo 7. Sustanciación de la conciliación (párrafos 49 a 53 del proyecto de guía)

22. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) señala la primera frase del párrafo 51, donde dice que el proyecto de ley modelo “no fija una pauta de comportamiento”. Piensa, por el contrario, que eso es exactamente lo que hace la Ley Modelo. También sostiene que, si bien la segunda oración refleja fielmente el debate realizado, habría que suprimirla. El proyecto de guía no debe aparecer como dando instrucciones a los Estados ni debe implicar que el párrafo 3 puede servir de justificativo para atentar contra un laudo. También habría que suprimir el párrafo 52, porque no hay necesidad de citar el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI ni de ponerse a examinar las legislaciones nacionales.

23. El **Sr. Sorieul** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) señala que el debate actual se basa en los documentos de sesión A/CN.9/XXV/CRP.1/Add.1 y 2, y que las adiciones 3, 4 y 5 ya se publicaron. Los cambios realizados en el proyecto de guía se debieron a los debates sustantivos del texto.

24. **El Presidente** recuerda que se tomó la decisión de emplear en el proyecto de guía un lenguaje que indicara que el proyecto de ley modelo no creaba nuevos motivos para anular un acuerdo de conciliación (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add. 2).

25. Si no hay objeciones considerará que el párrafo 52 del proyecto de guía se debe suprimir.

26. *Así queda acordado.*

Artículo 8. Comunicación entre el conciliador y las partes (párrafos 54 y 55 del proyecto de guía).

27. Respecto de la primera frase del párrafo 55, el **Sr. Zanker** (observador de Australia) cuestiona la frase “no deberá hacer distinciones en su trato con las partes” ya que, según recuerda, la única mención de las normas de conducta examinadas en la preparación del proyecto de ley modelo fue en relación a que el conciliador tratara a

las partes con equidad. Considera que el párrafo 55 no presenta ninguna utilidad y que, por lo tanto, podría suprimirse totalmente.

28. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) apoya la opinión expresada por el observador de Australia de que el párrafo 55 debe suprimirse. Pero en caso de conservarlo, sería más adecuado ubicarlo en el examen del párrafo 3 del artículo 7. Considera que los detalles sobre la sustanciación de la conciliación deben quedar a discreción del conciliador.

29. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que está firmemente a favor de retener el párrafo 55, ya que es particularmente útil. No se requiere que el conciliador respete un cálculo matemático de igualdad en el trato y en el tiempo asignado a cada parte. Reconoce que la primer frase se podría considerar ambigua, pero considera que el resto del párrafo sirve para aclarar los matices de interpretación del artículo 8.

30. **El Presidente** recuerda que cuando el Grupo de Trabajo trató este tema se expresaron dudas, pero que se consideró conveniente incluir el párrafo 55 en el proyecto de guía.

31. El **Sr. Zanker** (observador de Australia), incluso después de haber tomado en cuenta la totalidad del párrafo 55 sigue pensando que debe suprimirse. No encuentra nada en el documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.2 o en el artículo 8 que se refiera al tiempo. Aquí se trata del principio de las reuniones celebradas entre el conciliador y las partes, en forma conjunta o por separado.

32. **El Presidente** señala que estas cuestiones ya se examinaron detenidamente en el Grupo de Trabajo y sugiere que quizá convendría volver a examinar el documento A/CN.9/506.

33. El **Sr. Soreuil** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) remite al informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 34º período de sesiones (A/CN.9/487), en especial al párrafo 129, que resume el debate relativo a la introducción del requisito de la “igualdad de trato” en el proyecto de artículo 8. Se advirtió del peligro de introducir una norma dispositiva que podía dar lugar a la imposición de un formalismo excesivo.

34. El **Sr. Komarov** (Federación de Rusia) manifiesta el apoyo de su delegación a los comentarios del representante de Francia. El párrafo 55 del proyecto de guía debería conservarse, para provecho del legislador. Es importante destacar que la igualdad de trato debería ser no sólo una cuestión de forma sino también de fondo.

35. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que la mención de la igualdad de trato tiene más relación con el artículo 7 (Sustanciación de la conciliación), ya que es más probable que una parte se remita a ese artículo para justificar una queja a este respecto.

36. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que el párrafo no debe suprimirse, ya que refleja la opinión fundada del Grupo de Trabajo. La igualdad de trato es un importante principio natural del procedimiento del cual depende el éxito de todo proceso de conciliación.

37. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que su delegación desea proponer una solución de compromiso. Habría que reemplazar la frase “El conciliador no deberá hacer distinciones en su trato con las partes, lo que” por las palabras “La presente disposición”.

38. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que no hace falta ninguna solución de compromiso porque el texto ya fue acordado por el Grupo de Trabajo.

39. El **Sr. García Feraud** (Observador de Ecuador) dice que el párrafo 55 en su redacción actual está justificado, ya que alerta al conciliador sobre la importancia de asegurarse de que las partes no duden de la equidad del proceso de conciliación. En estas circunstancias es común que haya desconfianza.

40. **El Presidente** dice que según el párrafo 129 del informe del Grupo de Trabajo sobre su 34º período de sesiones (A/CN.9/487), éste acordó que sería más adecuado incluir en el proyecto de artículo 7 (Sustanciación de

la conciliación) la referencia a la igualdad de trato que ha de dispensar el conciliador a ambas partes. Por lo tanto entiende que la mención de que se trata debe quedar incluida en el artículo 7 del proyecto de guía.

41. *Así queda acordado*.

Artículo 9. Revelación de la información entre las partes (párrafo 57 del proyecto de guía)

42. La **Sra. Moosa** (Singapur), con el apoyo del **Sr. Marsh** (Reino Unido) afirma que la última oración del párrafo 56 del proyecto de guía es demasiado restrictiva. En algunos países, por ejemplo Singapur, la práctica de requerir el consentimiento de una parte antes de revelar información a la otra parte ha resultado favorecer la conciliación, ya que alienta a ambas partes a ser más francas con el conciliador.

43. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) sugiere mencionar que aquellas prácticas, como la descrita por el representante de Singapur, consagradas en las normas de mediación o conciliación de diversos proveedores de estos servicios serán válidos cuando estén incluidos en el acuerdo, y que la Ley Modelo en su redacción actual no será un impedimento a estas prácticas ni a esos acuerdos, aunque la norma supletoria sea la establecida en la Ley Modelo.

44. El **Sr. Inoue** (Japón) considera que en el proyecto de guía hay que aclarar el significado y la importancia de la palabra “contenido”.

45. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) apoya la opinión del representante de Singapur y señala el párrafo 30 del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.2, donde se menciona el acuerdo consistente en que en la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo se recomendara a los conciliadores que informaran a las partes de que el conciliador podría revelar toda información que se le comunicara a menos que recibiera instrucciones concretas en sentido contrario. Por lo tanto el proyecto debe modificarse de conformidad. En Australia los conciliadores respetan la confidencialidad en todos los casos, contrariamente a lo que se establece en la Ley Modelo.

46. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que su delegación agradece los comentarios de Singapur, el Reino Unido, el Japón y Australia, y se hace eco de ellos. El título del artículo 9 es confuso, porque se refiere a la información entre las partes cuando trata, principalmente, de la comunicación entre las partes y el conciliador y no entre las propias partes. El orador sugiere, por lo tanto, que la secretaría reconsidere la frase del párrafo 56 que dice “Con esta disposición se pretende fomentar una comunicación abierta y franca de información entre las partes”, ya que no parece reflejar la intención del artículo.

47. La **Sra. Moosa** (Singapur) agradece al Secretario de la Comisión su sugerencia, que es aceptable para su delegación. Es muy importante tener esa declaración ya que esa práctica es cada vez más popular.

48. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) agradece la sugerencia del Secretario de modificar la última oración del párrafo 56. Pero parece exceder la mera sugerencia de que lo que se considera una buena práctica deba relegarse a una posición supletoria. Si bien el orador no desea injerirse en la redacción acordada, se pregunta si no se podría encontrar una forma de sugerir en la Guía que la práctica puede ser una alternativa aceptable.

49. El **Sr. Tang** Houzhi (China) afirma que su delegación apoya la declaración de Singapur y solicita a la secretaría que perfeccione el párrafo.

50. **El Presidente** entiende que no hay objeciones para adoptar la propuesta de Singapur o la sugerencia de la secretaría.

51. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) recuerda los debates realizados en el Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia, que está preparando una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia en el derecho interno. En esos debates se mencionó varias veces el arreglo extrajudicial de las controversias en el contexto del procedimiento de insolvencia o los intentos por evitar la iniciación de ese procedimiento. Las

últimas experiencias muestran la utilidad de la mediación y de la conciliación como una forma de facilitar la resolución de controversias que aparecen antes o durante del procedimiento de insolvencia de empresas comerciales. Por lo tanto propone que en la Guía se inserte el siguiente proyecto de texto:

> "La experiencia en algunas jurisdicciones hace pensar que la Ley Modelo sería también útil para fomentar la solución no judicial de controversias en situaciones en las que interviniesen múltiples partes, especialmente aquellas en que los intereses y cuestiones son complejos y multilaterales en vez de bilaterales. Ejemplos notables de ellas son las controversias que se plantean durante el procedimiento de insolvencia o controversias cuya resolución es imprescindible para evitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esas controversias comprenden cuestiones entre acreedores o clases de acreedores y el deudor o entre los acreedores mismos, situación a menudo complicada por controversias con deudores o partes contratantes del deudor insolvente. Estas cuestiones pueden suscitarse, por ejemplo, en relación con el contenido de un plan de reorganización para la empresa insolvente; peticiones de anulación de operaciones como consecuencia de denuncias de que un acreedor o varios acreedores fueron tratados preferencialmente; y cuestiones entre el administrador de la insolvencia y la parte contratante con un deudor acerca del cumplimiento o la rescisión de un contrato y la cuestión de la indemnización en tales situaciones."

52. **El Presidente** dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea adoptar la recomendación de la secretaría, teniendo presente que se basa en las opiniones de otro grupo de expertos.

53. El **Sr. Barraco** (Italia) solicita al Presidente reconfirmación de que en una reunión anterior la Comisión adoptó una propuesta francesa de cambiar el título del artículo 9 por el siguiente "Revelación de información por el conciliador". Con ese título tendría más sentido la propuesta de Singapur.

54. **El Presidente** recuerda que hubo un acuerdo de este tipo, pero, como el texto que la Comisión tiene ante sí es el preparado por el Grupo de Trabajo, figura el título anterior.

55. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) señala a la atención de la Comisión el párrafo 25 del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.2, donde se afirma que como el título del proyecto de artículo no reflejaba adecuadamente el alcance de la disposición se convino en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, el título fuera "Revelación de información".

56. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que es de esperar que la secretaría realice los cambios correspondientes.

57. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) manifiesta que su delegación generalmente apoya el uso extendido de la conciliación y se sentiría complacida de que la Ley Modelo se aplicara a una gran variedad de situaciones comerciales. Pero como la propuesta se acaba de presentar, su delegación desearía tener la posibilidad de consultar los detalles de ese texto con expertos en insolvencia.

58. **El Presidente** dice que la solicitud de los Estados Unidos de tener tiempo para realizar consultas es correcta; pero significa que la Comisión no tomará una decisión definitiva sobre la propuesta en la presente reunión. Convendría que los Estados Unidos y las demás delegaciones que se encuentran en una situación similar comunicaran sus respuestas a la secretaría en el día de hoy.

59. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que, si bien la sugerencia de la secretaría es extremadamente útil, está preocupado porque, si sólo se prevé un ejemplo de una esfera, vale decir de la insolvencia, se crearía la impresión de que el recurso de la conciliación está limitado a esa esfera. En la actualidad sólo un pequeño porcentaje de las conciliaciones comerciales sea en el plano internacional o en el nacional, se relacionan con la insolvencia.

60. **El Presidente** dice que, como redactor de la primer ley de insolvencia mexicana, se permite afirmar que le hubiese resultado extremadamente útil poder remitirse a la Ley Modelo, junto con la Guía y sus comentarios, así como al párrafo propuesto por la secretaría, aunque sólo se refiera a un ejemplo.

61. La **Sra. Brelier** (Francia) desearía que la secretaría le aclarara dónde se insertará el proyecto de texto. Su delegación se hace eco de la actitud precavida del Reino Unido y de los Estados Unidos respecto de la referencia

a los debates en el Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia. Es imposible prever las consecuencias de una mención de este tipo; la oradora se pregunta si con ello se correría el riesgo de que proliferaran los recursos extrajudiciales.

62. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que, en su país las controversias relativas a la insolvencia deben resolverse judicialmente, ya que no existe ningún régimen de conciliación; sin embargo tampoco hay una norma que prohíba resolver estas controversias mediante la conciliación. La Organización Mundial del Comercio asigna importancia a estos procedimientos, por su flexibilidad.

Elección de la Mesa (*continuación*)

63. La **Sra. Virbickate** (Lituania), hablando en nombre de los Estados de Europa oriental, propone al Sr. Milassin (Hungría) para ocupar el cargo de Vicepresidente.

64. *El Sr. Milassin (Hungría) es elegido Vicepresidente por unanimidad.*

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

Acta resumida de la 750ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el lunes 24 de junio de 2002 a las 15.00 horas (A/CN.9/SR.750)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 53	1344
Elección de la mesa (*continuación*)	54 - 57	1350

En ausencia del Sr. Akam Akam (Camerún), el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, ocupa la presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 15.15 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (A/CN.9/514)

1. **El Presidente** dice que la secretaría ha pedido orientación a la Comisión sobre cómo desea proceder con el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional.

2. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) recuerda que al inicio del debate sobre el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno, la conclusión preliminar parecía ser que la redacción final de la Guía sería encomendada a la secretaría. No obstante, en vista de que los debates de los dos últimos días han mostrado la preocupación de las delegaciones por cuestiones específicas de la redacción, la secretaría se ha visto en una difícil situación. En opinión del orador, existen dos soluciones posibles. Una de ellas consiste en que la Comisión se reserve el control pleno sobre el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno, en cuyo caso la misma no podría ser aprobada en el presente período de sesiones y no se publicaría hasta que se hubiera aprobado el texto final. La otra posibilidad radica en confiar a la secretaría la producción de un texto que refleje los deseos de la Comisión de la manera que considere más oportuna. En este último caso, la secretaría debería tener libertad para modificar o incluir textos que las delegaciones no hayan visto, así como controlar, en última instancia, el contenido final de la Guía.

3. El **Sr. Jacquet** (Francia), el **Sr. Heger** (Alemania), el **Sr. Miki** (Japón), la **Sra. Moosa** (Singapur) y el **Sr. Tang** Houzhi (China) dicen que preferirían dejar la verdadera redacción de la Guía a la secretaría. Los oradores confían en que esta última realizaría un excelente trabajo.

4. **El Presidente** dice que si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea encargar a la secretaría la labor de redactar la Guía para la incorporación al derecho interno y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional. La secretaría tomaría nota de cualquier propuesta y sugerencia que deseen hacer las delegaciones pero no tiene la obligación de responder ni de incluirlas en el texto definitivo.

5. *Así queda acordado.*

Artículo 10. Deber de confidencialidad (párrafos 58 a 60 del proyecto de guía)

6. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que las palabras “deber de” han de suprimirse del título del artículo; el orador confía en que así se haga cuando se publique la versión definitiva de la Ley Modelo. También recuerda a la secretaría que los Estados Unidos han leído una declaración que consta en actas (A/CN.9/SR.745) para que se inserte en la Guía indicando, en lo que respecta al proyecto de artículo 10, que la intención de los redactores es que cuando un tribunal de cualquier índole estudiara una alegación conforme a la cual una persona no había cumplido el artículo 10, tuviera que tomar en consideración las pruebas sobre la conducta de las partes que demostraran que éstas conocían o no la existencia de un procedimiento conciliatorio con la consiguiente obligación de mantener la confidencialidad. Los Estados que incorporen a su derecho interno la Ley Modelo tal vez deseen aclarar el sentido del artículo 10 para reflejar esta interpretación. El representante entiende que esa interpretación ha sido aprobada y que se incluirá en el proyecto encargado a la secretaría.

Artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos (párrafos 61 a 68 del proyecto de guía)

7. La **Sra. Renfors** (Suecia) dice que la última frase del párrafo 61 parece reflejar la redacción del texto anterior del artículo. Dicho texto debe adaptarse a fin de reflejar la redacción que ha sido aprobada la semana anterior.

8. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) sugiere que al ocuparse de los párrafos 62 a 67, la secretaría aclare que el proyecto de ley modelo proporciona dos mecanismos respecto de la utilización en otros procedimientos de pruebas relativas a un procedimiento de conciliación. Por otro lado, existen disposiciones similares a las del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, en virtud de las cuales una parte no puede prevalerse de las pruebas. Eso representa para la parte una obligación de no hacer. Esto en cuanto al alcance de las normas, porque éstas no pueden prescribir al tribunal (o a un árbitro) qué puede o no puede admitir. El Reglamento de Conciliación se ocupa de cuestiones relativas a las pruebas enumeradas en el proyecto de artículo 11 respecto de lo que “la parte ... no invocará”. Además, se habla de un segundo método, por el cual un tribunal o árbitro “no admitirá”. Se menciona el concepto de confianza y el concepto de admisibilidad. El representante espera que la secretaría haga constar con claridad en la Guía que el artículo 11 de la Ley Modelo contempla tanto la confianza como la admisibilidad.

9. El **Sr. Chan** (Singapur) recuerda que ha habido intensos debates sobre lo que significaba la expresión “la ley” del párrafo 3. Se convino en que la expresión “la ley” significaba en ese párrafo legislación. Por lo tanto, si la legislación así lo prescribe, la información en cuestión puede revelarse; el tribunal judicial, arbitral u otra entidad gubernamental competente puede ordenar que la información sea revelada.

10. El Grupo de Trabajo ha entendido que la expresión “la ley” no significa una citación bajo apercibimiento emitida por el tribunal. Esta última es una orden dictada según derecho y cabe imaginar su inclusión entre las excepciones a las obligaciones impuestas a los tribunales judiciales, arbitrales y otras autoridades de no obligar a revelar dicha información. Ya que la delegación del representante ha planteado esta cuestión al final del día, se ha decidido que se podía abordarla en la Guía.

11. No obstante, la referencia hecha a esta cuestión en el párrafo 7 del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.4 no explica con claridad la postura de la delegación de Singapur en cuanto al párrafo 3 del artículo 11. El orador desea solicitar de la secretaría que, al preparar la Guía, haga hincapié en explicar que la expresión “la ley” del párrafo 3 no ha de interpretarse en el sentido de mandamientos emitidos por un tribunal o cualquier otra autoridad según derecho, sino referida únicamente a la legislación existente, que prevé la

exigibilidad de la información. De lo contrario, se perjudicaría totalmente el propósito de la disposición, que consiste en mantener la confidencialidad y, de este modo, permitir que las partes tengan seguridad en cuanto a las circunstancias relativas al tratamiento de la información confidencial.

12. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que entiende perfectamente que el deseo de la Comisión sea garantizar que el artículo 11 sea lo más completo posible. No obstante, toda decisión judicial entraña una interpretación de la ley. La decisión de un tribunal australiano en el caso "Esso" por ejemplo, ha dado una nueva orientación a la cuestión de la confidencialidad del arbitraje. Según entiende el orador, decir que la expresión "la ley" significa únicamente legislación implicaría todavía referirse a la legislación tal como la interpretan los tribunales. Sería difícil decir a los tribunales que no pueden interpretar la ley. El orador entiende perfectamente la postura expresada por el representante de Singapur, pero no está seguro de cómo expresarla en el texto de la Guía.

13. El **Sr. Chan** (Singapur) dice que no ha utilizado la expresión "decisiones de los tribunales", sino más bien "una citación bajo apercibimiento emitido por el tribunal". El agravio que desea evitar la delegación de Singapur se daría en una situación en la que una de las partes que puede o no estar implicada en la conciliación, solicita del tribunal una citación bajo apercibimiento que obligue a revelar datos obtenidos durante la conciliación que, de lo contrario, serían confidenciales, a fin de utilizarlos en otros procedimientos que impliquen a las mismas o a otras partes. El orador no se refiere a una situación en la que el tribunal, después de todas las alegaciones y el examen, decide que determinados datos obtenidos en la conciliación sean o no exigibles. Si el tribunal decide que sean exigibles, a pesar de las alegaciones en contra, entonces eso es la ley. Eso es lo que ha acontecido en el caso "Esso".

14. Lo que hay que evitar es la situación en la que una persona acude al tribunal con una declaración jurada y un documento por el que solicita que el tribunal adopte medidas y emita una citación bajo apercibimiento a fin de exigir que los datos sean utilizados en un procedimiento en el que las partes en una determinada conciliación no esperan que sean divulgados. El orador reconoce que si la legislación dispone que esos datos sean exigibles como prueba o, si un tribunal decide que esa información sea exigible, entonces eso es realmente la ley. Pero el orador está preocupado de que la utilización de la expresión "la ley" pueda abarcar situaciones en las que se emita una citación bajo apercibimiento simplemente en virtud de la solicitud de una de las partes, sin que haya habido un examen detallado por parte del tribunal.

15. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) señala que el párrafo 3 del proyecto de artículo 11 establece que los tribunales arbitrales o judiciales no podrán ordenar que se revelen datos a lo que se hace referencia en el párrafo 1 de ese artículo. Una citación bajo apercibimiento es una orden de revelar cierta información; en opinión de su delegación, el texto "el tribunal arbitral o judicial ... no ordenará" del párrafo 3 abarca el problema que preocupa a la delegación de Singapur. No obstante, el orador no se opondría a que se hiciera constar claramente en la Guía que el párrafo en cuestión abarca las citaciones bajo apercibimiento.

16. La delegación de los Estados Unidos también desea proponer que en el debate sobre el artículo 11 de la Guía se incluya la redacción de la expresión "procedimiento ... similar" de manera que abarque la exhibición de pruebas (*discovery*) y las deposiciones.

17. La penúltima frase del párrafo 67 de la Guía debe volver a redactarse para insertar: "entre las que se encuentran los documentos preparados exclusivamente para el procedimiento de conciliación" después de la palabra "declaraciones".

18. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) pregunta al representante de los Estados Unidos si tiene la intención de decir que el párrafo 3 abarca las citaciones bajo apercibimiento y si apoya la declaración hecha por el representante de Singapur.

19. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que, en su opinión, ningún tribunal puede emitir una citación bajo apercibimiento para lo previsto en el artículo 11 como tampoco un juez puede ordenar esa citación para que se declare ante un tribunal. Esas cuestiones deben tratarse confidencialmente. Cuando un Estado adopta

la Ley Modelo, también aprueba esa disposición y modifica toda disposición en contrario de su legislación, que pudiera otorgar a los tribunales poderes ilimitados respecto de citaciones bajo apercibimiento.

20. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que una citación bajo apercibimiento debe emitirse siempre en virtud de una ley. Lo que afirmó la delegación de Singapur es que las citaciones bajo apercibimiento pueden constituir una causa legítima para revelar datos relacionados con una conciliación, pero que esas citaciones deben limitarse sólo a las que han sido plenamente argumentadas en un tribunal.

21. El **Sr. Chan** (Singapur) dice que la primera frase del párrafo 3 indica que la información del tipo que se señala en el párrafo 1 no podrá invocarse como prueba. No obstante, la segunda frase admite una excepción a esa regla "en la medida en que lo exija la ley". Debe hacerse constar claramente en la Guía que por "ley" se entiende la ley escrita y no la facultad general del tribunal para exigir pruebas. De lo contrario se pondría en peligro todo el razonamiento de la primera frase y podrían producirse abusos que pueden consistir en que se otorguen a las partes citaciones bajo apercibimiento sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 11.

22. La delegación de Singapur no dice que todas las citaciones bajo apercibimiento sean inadmisibles. Pero estas últimas deben fundamentarse en leyes escritas que rijan la exigibilidad y admisibilidad de las pruebas. Además, existe una mayor necesidad de exigir pruebas en los casos penales que en los casos civiles; debe hacerse constar claramente esa distinción.

23. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) dice que es cierto que la expresión "lo exija la ley" es demasiado amplia y precisa de una aclaración. En opinión de la delegación de Singapur, la expresión debe matizarse sobre la base de criterios formales: la ley en cuestión debe constar por escrito, debe ocuparse específicamente de la admisibilidad de las pruebas, etc. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos basados en la jurisprudencia o los precedentes, las disposiciones legales relativas a la prueba pueden no constar por escrito. En opinión del orador, la distinción principal radica en el propósito u objetivo de las disposiciones legislativas que pueden dar origen a una excepción a la inadmisibilidad de las pruebas. La Guía es demasiado sucinta en este punto y los objetivos señalados en el propio proyecto de artículo, "ejecución y cumplimiento de un acuerdo de transacción" son demasiado vagos como para proporcionar una orientación satisfactoria.

24. El **Sr. García Feraud** (observador del Ecuador) dice que en algunos ordenamientos jurídicos, tanto los actos legislativos como los precedentes sustanciados en los tribunales forman conjuntamente un cuerpo de derecho vinculante. La expresión "por la ley" ha de interpretarse de conformidad con el ordenamiento jurídico concreto de cada país. Hay que señalar, a propósito, que las dos razones contenidas en ese párrafo para dar origen a la excepción a la norma de la inadmisibilidad son independientes y distintas; por un lado, puede haber excepciones exigibles en virtud de ley y, por otro lado, puede haber excepciones a efectos de ejecución y cumplimiento del acuerdo conciliatorio. Además el orador teme que el debate se centre en la redacción del proyecto de artículo, sobre el que ya ha habido acuerdo, antes que en la redacción de la Guía.

25. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que el párrafo 67 del proyecto de guía ofrece muchos ejemplos del tipo de excepciones que la Comisión está considerando. Quizá la distinción principal esté entre el interés público y los intereses de las partes. Las excepciones a la norma de inadmisibilidad no deben admitirse únicamente en interés de las partes sino que deben permitirse por razones de orden público.

26. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que su delegación está de acuerdo con el representante de Singapur en que la expresión "lo exija la ley" es demasiado imprecisa pero no cree que su análisis dependa de si lleva aparejada una citación bajo apercibimiento o de si el procedimiento es a sola instancia de parte. El párrafo 67 del proyecto de guía es útil, pero se podía haber desarrollado más a fin de esclarecer la cuestión.

Artículo 12. Conclusión de la conciliación (párrafo 69 del proyecto de guía)

27. El **Sr. Komarov** (Federación de Rusia) dice que, ya que la Comisión decidió no exigir una declaración por escrito para concluir una conciliación y suprimió la expresión "por escrito" que modifica la "declaración" en los apartados b), c) y d) del proyecto de artículo 12, la Guía debe resaltar la importancia de una declaración por

escrito al especificar la fecha exacta de la conclusión del procedimiento de conciliación en caso de que un Estado decida aprobar una disposición siguiendo el modelo del proyecto de artículo X, sobre suspensión del plazo de prescripción, en la nota de pie de página 3 del proyecto de artículo 4. Además, a pesar de suprimir "por escrito" del proyecto de artículo 12, la Guía todavía menciona el artículo 6 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico en relación con su amplia definición de "información ... por escrito".

28. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que el Presidente ha hecho una observación muy sensata en relación con la expresión "previa consulta con las partes" del apartado b) del párrafo 12, señalando que el requisito de la consulta se cumple si se da a las partes la oportunidad de consultar sin que éstas opten por hacerlo así; la delegación de los Estados Unidos considera que sería útil reflejar esa interpretación en la Guía. Otro asunto es el de los acuerdos mencionados en el párrafo 69 de la Guía que pueden concertarse oralmente si el derecho aplicable así lo permite. Ya que las declaraciones mencionadas en los apartados b), c) y d) del proyecto de artículo 12 no han de constar necesariamente por escrito, puede ser útil explicar en la Guía que una declaración puede expresarse mediante una conducta. Por ejemplo, la negativa a comunicar o responder es equivalente a una declaración. Por último, con respecto a la referencia que figura en Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en el contexto de una definición de "mensaje de datos" y en la nota de pie de página 4 del proyecto de artículo 12 puede ser útil facilitar una breve explicación de lo que es un mensaje de datos en la Guía.

29. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que su delegación está de acuerdo con la Federación de Rusia en que, dado que las declaraciones ya no han de constar necesariamente por escrito, la Guía debe describir las repercusiones que eso supondrá para un Estado que desee suspender el plazo de prescripción durante la tramitación de un procedimiento de conciliación.

30. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que su delegación está de acuerdo con Alemania en que la Guía debe advertir a los Estados sobre la necesidad de que la fecha de conclusión de un procedimiento de conciliación sea precisa, si un Estado decide aprobar una disposición sobre suspensión del plazo de prescripción. El orador pregunta también si la nota de pie de página 4 es necesaria, puesto que las declaraciones mencionadas en el proyecto de artículo 12 no han de constar necesariamente por escrito.

31. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que su delegación está de acuerdo con las propuestas de los Estados Unidos relativas al párrafo 69 del proyecto de guía, salvo en lo referente a la sugerencia de que una conducta deba considerarse equivalente a una declaración. Esto sería inadecuado en un tema tan importante como es la conclusión de un procedimiento de conciliación. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías sienta un precedente importante; a pesar de que presta una atención especial a las conductas, distingue claramente entre conductas y declaraciones.

32. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que la Comisión, de hecho, ha tratado concienzudamente de asimilar la cuestión de la conducta a una declaración. Se ha señalado que no puede obligarse a una parte a hacer una declaración. Lo cierto es que una parte decide a menudo ignorar el procedimiento y, en ese caso, habría que deducir de su conducta que había dejado de participar en la conciliación. Por lo tanto, la delegación de Australia apoya la propuesta de los Estados Unidos.

Se suspende la sesión a las 16.30 horas y se reanuda a las 17.05 horas.

33. **El Presidente** sugiere, a la vista de las dificultades para determinar cuándo una conducta como el abandono de una conciliación puede equivaler a la conclusión del procedimiento, que se solicite de la secretaría elucidar la cuestión cuando concluya el informe.

34. El **Sr. Jacquet** (Francia) está preocupado por el hecho de que la Comisión acepte aparentemente la noción de abandono como motivo para concluir una conciliación. La cuestión del abandono ha sido efectivamente debatida, pero sólo como una situación puramente fáctica que debería tener un lugar en la Ley Modelo. La conclusión de la conciliación en virtud de la conducta de una parte no tiene nada que ver con el proyecto de artículo 12 ni con el proyecto de guía. No es el abandono lo que pone fin a una conciliación. El texto de la Ley Modelo proporciona ya posibilidades suficientes a un conciliador para que ponga fin a un procedimiento de

conciliación mediante la declaración preceptiva, si una de las partes desatiende los trámites de dicho procedimiento. Sin duda, las partes que se consideren víctimas de un abandono pueden efectuar ellas mismas esa declaración. No es necesario que la Guía de más detalles sobre esta cuestión.

35. **El Presidente** dice que no es factible concluir el debate sobre el proyecto de artículo 13 o sobre los párrafos 70 a 74 del proyecto de guía, hasta que la secretaría no haya tenido la oportunidad de esclarecer las repercusiones de las decisiones de la Comisión sobre el proyecto de artículo 12. La aprobación de ese artículo, tal como figura, implicaría que el abandono de la conciliación sería un motivo para concluir ésta. Sin embargo, hasta ahora no ha habido ningún comentario en el proyecto de guía que abarque esa cuestión.

36. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que el problema no es el abandono; el problema es si se puede inducir de la conducta de las partes que la conciliación haya concluido. Los prolongados debates que han tenido lugar en el Grupo de Trabajo sobre esa cuestión deberían reflejarse en la Ley Modelo y en la Guía.

37. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) recuerda que la delegación de la Federación de Rusia ha propuesto incluir en el proyecto de guía una referencia a la posibilidad de que el Estado promulgante considere conveniente especificar un requisito de forma escrita. Ya que el proyecto de ley modelo no prevé ese requisito, la Comisión debe decidir si lo incluye en el proyecto de guía, como una solución legítima al problema planteado.

38. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) con el apoyo del **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que la disposición de un requisito de forma escrita debe figurar en el contexto del artículo X (suspensión del plazo de prescripción) (nota de pie de página 3) ya indicado y no en el proyecto de artículo 12. Una de las circunstancias en que puede ser adecuado dicho requisito es en el supuesto de que un Estado decida aprobar el artículo X. De lo contrario, la Comisión estaría invitando a los Estados a apartarse de su propia política básica, que consiste en que la conciliación sea fundamentalmente informal y de carácter flexible, y no requiriere la forma escrita para su inicio ni para su conclusión. Por esa razón se ha decidido suprimir la expresión “por escrito” en el proyecto de artículo 12.

39. **El Presidente** dice que la propuesta de la Federación de Rusia se ha presentado en el contexto del proyecto de artículo X ya señalado.

40. El **Sr. Heger** (Alemania) dice que, a su entender, la delegación de la Federación de Rusia ha deseado incluir su propuesta en el proyecto de artículo 12, sobre conclusión de la conciliación y la Comisión no se ha opuesto.

41. **El Presidente** dice que, en vista de que no hay objeciones, entiende que la Comisión desea aprobarlo.

42. *Así queda acordado.*

Artículo 13. El conciliador como arbitro (párrafos 70 a 74 del proyecto de guía)

43. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que sería útil mencionar en el proyecto de guía el hecho de que, en algunos ordenamientos se considera adecuado que el conciliador actúe como árbitro, aunque en otros ordenamientos no es así. La Comisión debe hacer hincapié en su total neutralidad a ese respecto. También debe recordar al lector en el proyecto de guía que la cuestión del proyecto de artículo 13 es la de un conciliador que actúa como árbitro y no la de un árbitro que, posteriormente se convierte en un conciliador; la Ley Modelo ha guardado total silencio respecto a esa situación. Debe hacerse una distinción entre las dos situaciones.

44. **El Presidente** recuerda que cuando el Grupo de Trabajo se ocupó de la cuestión del conciliador actuando como árbitro, se sugirió que el conciliador no podría ser un juez. No obstante, se estimó que la Ley Modelo no debe ser prescriptiva a ese respecto. El Presidente recuerda, en nombre de la delegación de México, que la sugerencia de esa delegación de que el proyecto de guía debería mencionar la posibilidad de que los poderes legislativos nacionales se ocupasen de esa cuestión en el marco de la legislación relativa al poder judicial.

45. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que su delegación está satisfecha de que el párrafo 70 refleje el consenso logrado en el Grupo de Trabajo. Los párrafos 70 a 74 son, todos ellos, aceptables.

Artículo 15. Ejecutabilidad del acuerdo de transacción (párrafos 77 a 81 del proyecto de guía)

46. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que la primera frase del párrafo 79, que presenta un ejemplo relativo al ordenamiento chino, no se corresponde con la situación de China. Por cuanto la descripción puede aplicarse a otros países, como Croacia, la República de Corea y Hungría, la práctica en China no es tan directa. En ese país hay dos tipos de conciliación. De conformidad con el primer modelo, las partes que han solucionado una diferencia tienen derecho a solicitar de un tribunal arbitral que dictamine de conformidad con el acuerdo alcanzado. En virtud del segundo, un tribunal administra el proceso conciliatorio, tras lo cual las partes pueden solicitar del juez que dicte una resolución de conformidad con el acuerdo. No está claro por qué se ha elegido el ordenamiento chino como ejemplo en el párrafo 79 y el texto actual no es totalmente preciso.

47. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que los párrafos 79 y 80 deben suprimirse porque contienen demasiados detalles relativos a los ordenamientos nacionales concretos. Si bien ha sido útil que la secretaría tenga en cuenta esos datos al preparar el proyecto de ley modelo, incluirlos en la Guía sólo induciría a confusión. Análogamente, el orador no entiende la utilidad del párrafo 81, que hace hincapié sólo en las ambigüedades y deficiencias de la Ley Modelo.

48. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) apoya la supresión de los párrafos 79, 80 y 81.

49. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que el párrafo 79 es muy importante y no debe suprimirse. Los datos que contiene reflejan una orientación global general. En su intervención anterior, el representante pretendía solamente señalar las imprecisiones referentes a la situación de China, lo que no debe considerarse como un apoyo a la supresión del párrafo. Sería más difícil aplicar los acuerdos alcanzados mediante una conciliación sin los detalles facilitados. No deben proponerse más enmiendas a los párrafos 79, 80 y 81.

50. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) señala que es probable que el párrafo 81 perjudique el objetivo de promocionar la Ley Modelo. No obstante, los ejemplos facilitados en los párrafos 79 y 80 son ilustrativos, dado que la ejecutabilidad es un término amplio, que permite varias interpretaciones. El orador no entiende las objeciones de la delegación de los Estados Unidos.

51. La **Sra. Moosa** (Singapur) señala que es útil para los Estados poder ver a qué ordenamientos se refieren los ejemplos de las diversas interpretaciones de ejecutabilidad, con vistas a desarrollar sus propias disposiciones.

52. El **Sr. Holtzmann** (Estados Unidos de América) dice que la utilización de ejemplos sólo puede justificarse en el caso de que constituyan un reflejo equilibrado y matizado de la práctica mundial. Dado que no es posible en tan escaso espacio, es más juicioso omitir totalmente los ejemplos. Se pueden mantener declaraciones generales como las que figuran actualmente al inicio de los párrafos 79 y 80, a fin de proporcionar un breve resumen de la situación en todo el mundo.

53. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) reconoce el peligro de intentar resumir la legislación nacional en tan breve espacio. Sin embargo, la elipsis del final del proyecto de artículo 15 invita a los Estados a completar el artículo. Sería beneficioso considerar objetivamente las opciones a fin de orientar a los Estados en cómo abordar la cuestión de la ejecutabilidad.

Elección de la mesa *(continuación)*

54. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) anuncia que el Sr. Akam Akam (Camerún) no ha podido asumir las funciones de presidente, por causa de enfermedad.

55. El **Sr. Kogda** (Burkina Faso), en nombre del Grupo de Estados africanos, nombra al Sr. Joko Smart (Sierra Leona) para sustituirle en la Presidencia.

56. El **Sr. Morán Bovio** (España) expresa su pesar porque el Sr. Akam Akam no haya podido asistir al período de sesiones y acoge con satisfacción el nombramiento del Sr. Joko Smart.

57. *Por aclamación, el Sr. Joko Smart (Sierra Leona) queda elegido Presidente.*

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

Acta resumida (parcial)* de la 751ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el martes 25 de junio de 2002 a las 10.00 horas (A/CN.9/SR.751)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 2	1352

En ausencia del Sr. Joko Smart (Sierra Leona), el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 10.15 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/514) (continuación)

1. **El Presidente** dice que ha indicado a la delegación de los Estados Unidos que, a pesar de que su solicitud de suprimir los párrafos 79 y 80 del proyecto de guía no obtuvo apoyo en la Comisión, la Secretaría de la CNUDMI tendría en cuenta sus preocupaciones, en la medida de lo posible. El Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia ha presentado una propuesta para insertar un párrafo sobre el recurso a la conciliación en situaciones con múltiples partes, cuyo ejemplo más notorio es el procedimiento de insolvencia. La propuesta ha encontrado apoyo general pero la decisión definitiva se ha pospuesto a fin de dar a las delegaciones el tiempo necesario para consultar sus expertos y gobiernos.

2. El **Sr. de Fontmichel** (Francia) dice que su delegación expresó reservas el día anterior en gran medida porque la conciliación no es frecuente en los procedimientos de insolvencia franceses, a pesar de que el derecho francés prevé una serie de mecanismos en los procedimientos de insolvencia que conducen finalmente a la conciliación. Si bien la conciliación puede ser de gran valor si precede a una suspensión de pagos, por su propia naturaleza tiene lugar entre dos partes y puede no ser apropiada en procedimientos colectivos como el de reorganización y el de liquidación.

3. El **Sr. Sigal** (observador de la American Bar Association) dice que en los Estados Unidos de América se ha utilizado con gran éxito con respecto a la insolvencia. Ha sido extraordinariamente beneficiosa en situaciones complejas, ha aportado soluciones rápidas que, de lo contrario, podrían no haberse conseguido y ha supuesto un ahorro de gastos considerable para las partes. El orador expresa su apoyo a las observaciones hechas por el representante de Francia, señalando que este país está a la cabeza en la utilización exitosa de la conciliación con anterioridad a la insolvencia y sus leyes a ese respecto son un posible modelo para otros países. El orador conviene en que, una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, no puede ser anulado por una conciliación,

* No se levantó acta resumida del resto de la sesión.

que deberá quedar enmarcada dentro del esquema general del procedimiento de insolvencia. Se podría ampliar el proyecto de guía a fin de incorporar los argumentos presentados por la delegación de Francia.

4. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que ha tenido la oportunidad de consultar con sus autoridades y puede confirmar actualmente que su delegación comparte las opiniones expresadas en la sesión anterior y puede apoyar el párrafo.

5. El **Sr. Tang** Houzhi (China) expresa su apoyo a la propuesta de la secretaría de insertar un párrafo sobre la conciliación en el procedimiento de insolvencia, siempre que las partes convengan en participar en él. En China, los procedimientos de insolvencia y las liquidaciones se deciden en los tribunales y no mediante arbitrajes o conciliaciones. No obstante, se puede recurrir a la conciliación para resolver una diferencia en el contexto de un procedimiento de insolvencia.

6. El **Sr. Marsh** (Reino Unido) dice que las reservas expresadas por su delegación el día anterior pueden haberse comprendido mal. Su delegación no ha sugerido en ningún caso que la conciliación sea inadecuada en los procedimientos de insolvencia -de hecho, se ha utilizado frecuentemente en el Reino Unido-, sino que extenderse en un sólo ejemplo puede crear un desequilibrio en lo que se supone que ha de ser una guía amplia y genérica.

7. El representante se pregunta si sería conveniente incluir la insolvencia en la nota de pie de página 2 del párrafo 1 del artículo 1, sobre la interpretación del término “comercial”.

8. **El Presidente** dice que no se puede reabrir el debate a fin de enmendar la nota de pie de página. El Presidente observa el apoyo general para añadir un párrafo en el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno sobre conciliación en situaciones con múltiples partes. Tal como se convino, se solicitaría de la secretaría de la CNUDMI que tuviera en cuenta el uso de la conciliación en etapas previas a la insolvencia real y que indicara que no puede plantearse una vez que se haya iniciado el procedimiento de insolvencia. La secretaría debe tener en cuenta el carácter genérico del proyecto de guía a fin de aliviar la preocupación de la delegación del Reino Unido. La secretaría debe indicar el valor de la conciliación en situaciones con múltiples partes, presentando la insolvencia como ejemplo o quizás la construcción de extensos complejos industriales y cualquier otro ejemplo que los miembros de la Comisión deseen proponer. En virtud de la decisión adoptada por la Comisión, la secretaría se encargará de completar el proyecto de guía y estará abierta a las propuestas de las delegaciones a esos efectos, pero sin la obligación de seguirlas necesariamente.

9. El **Sr. de Fontmichel** (Francia) pregunta dónde se insertará el párrafo sobre la conciliación y el procedimiento de insolvencia en el proyecto de guía.

10. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que, probablemente, se insertará en el artículo 1 y que se reorganizarán algunos elementos del proyecto de ley modelo, en la medida que sea necesario para incorporar los distintos argumentos propuestos.

11. El **Sr. Morán** (España) señala que la conciliación podría también ser adecuada en el seguro copartícipe de varias compañías de seguros, en los préstamos sindicados concedidos por varios prestamistas a un cliente común, en las franquicias regionales y nacionales y, en particular, en los acuerdos de distribución nacionales y, en particular, internacionales, todos ellos con la celebración de contratos que prevean la conciliación a fin de evitar litigios.

12. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que espera que la secretaría, al redactar la versión definitiva, tenga en cuenta la flexibilidad del procedimiento de insolvencia en China, en el que el juez puede asumir la responsabilidad del procedimiento de conciliación que se lleve a cabo ante un tribunal.

13. El **Sr. Heger** (Alemania) se pregunta si podrían surgir problemas en el caso de que la lista de ejemplos de las situaciones con múltiples partes se comparase con la lista que figura en la nota de pie de página 2 sobre la interpretación del término “comercial”.

14. **El Presidente** dice que la secretaría tomará nota al redactar la versión definitiva del proyecto de guía de las preocupaciones expresadas por el representante de Alemania.

Informe del grupo de redacción

15. **El Presidente** invita a los miembros de la Comisión a examinar el proyecto de ley modelo tal como figura en el informe del grupo de redacción (A/CN.9/XXXV/CRP.2).

16. El **Sr. Barsy** (Sudán) llama la atención sobre un problema en la versión en árabe en la que, coherentemente, se traduce la expresión inglesa "parties", que significa dos o más partes, con la expresión más exacta "dos partes".

17. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que, si bien anteriormente se había favorecido el número dual que existe en el árabe y en algunos otros idiomas, actualmente se prefiere el uso del plural. La secretaría llevará a cabo las correcciones que convengan.

18. El **Sr. Heger** (Alemania) refiriéndose al artículo 14 dice, que, a su entender, "exécutoire" (ejecutorio) en la versión francesa se había sustituido por "susceptible d' exécution" (ejecutable).

19. **El Presidente** dice que la Secretaría tomará nota de la modificación y que, en el texto español "ejecutable" será igualmente sustituido por "susceptible de ejecución".

20. *Queda aprobado el informe del grupo de redacción que figura en el documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.2, en su forma oralmente enmendada.*

El debate recogido en el acta concluye a las 11.00 horas.

Acta resumida de la 752ª sesión celebrada en la Sede de las Naciones Unidas el martes 25 de junio de 2002 a las 15.00 horas (A/CN.9/SR.752)

Presidente: Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario

Sumario

	Párrafos	*Página*
Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)	1 - 56	1355

En ausencia del Sr. Joko Smart (Sierra Leona), el Sr. Abascal Zamora (México), Presidente del Comité Plenario, ocupa la presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 15.20 horas.

Conclusión y aprobación del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (*continuación*)

Conclusión del proyecto de informe
(A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.1 a 6 y Add.9)

Sección II B. Examen de los proyectos de artículo

1. El **Sr. Morán Bovio** (Relator) presenta los documentos de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.1 a 6 y Add.9, que contienen las secciones del proyecto de informe que se relacionan con el debate sobre el proyecto de ley modelo.

Examen de los proyectos de artículo 1 a 5 (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.1)

2. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que el párrafo 14, relativo al examen del párrafo 8 del proyecto de artículo 1, debería reflejar las observaciones de que, en algunos países, los árbitros están facultados para actuar como conciliadores, mientras que en otros países no lo están. El orador propone que se inserten las siguientes palabras después de la oración inicial: “Se observó que sería útil incluir en la Guía una referencia al hecho de que en algunos ordenamientos jurídicos un árbitro, en cumplimiento de un acuerdo entre las partes, puede actuar como conciliador y llevar a cabo un procedimiento de conciliación, mientras que esa práctica no se acepta en algunos otros ordenamientos jurídicos”.

3. Aunque durante el debate se recalcó la cuestión de la autonomía de la voluntad de las partes, no se la menciona en el párrafo 19. Sería útil enmendar la segunda oración para que dijera: “Una opinión contraria fue que se debía conservar el artículo 3 en su forma actual, a fin de preservar al máximo la autonomía de la voluntad de las partes”. La tercera oración debería empezar luego de la siguiente manera: “Una observación distinta pero conexa fue que, aunque las partes no podían acordar un nivel superior de ejecutabilidad ...”.

4. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que no logró entender, durante los debates en el Grupo de Trabajo y la Comisión, por qué había tanta resistencia a los acuerdos alcanzados entre las partes.

5. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) propone que, en el párrafo 21, se haga referencia a la sugerencia de informar a los países que estudien la posibilidad de aprobar el artículo X, de que las partes deben estar facultadas para proteger sus derechos mediante actuaciones judiciales. Inmediatamente antes de la última oración del párrafo 21 se podría insertar la siguiente oración: "Se dijo también que los Estados que se propongan aprobar el artículo X deben ser informados de las posibilidades de las partes de preservar sus derechos si no se ha adoptado ese artículo, a saber, una parte puede iniciar en el plano nacional un procedimiento judicial o de arbitraje para proteger sus intereses". El orador sugiere asimismo que, en el párrafo 25, se agreguen las siguientes palabras: "Se convino en incluir una aclaración adicional en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y la Utilización".

Examen de los proyectos de artículo 6 a 9

(A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.2)

6. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que en la actual versión del texto no se menciona la decisión de refundir los proyectos de artículo 5 y 6. El orador propone que se inserte el siguiente párrafo 13 bis): "Luego del debate sobre los artículos 5 y 6, la Comisión aprobó la sugerencia de la secretaría de refundir ambos artículos en un nuevo artículo 5. La Comisión encomendó al grupo de redacción la tarea de preparar ese artículo combinado y, con ello, reflejar el debate mencionado *supra* en relación con los artículos 5 y 6". Respecto del párrafo 16, cabe esperar que no se haga la interpretación incorrecta a que se hace referencia en la oración inicial y, por ello, se debería suprimir la palabra "easily" en la versión inglesa del documento. El orador propone una serie de enmiendas del párrafo 17, para que diga: "No obstante, prevaleció con mucho la opinión de que el párrafo 3) debía considerarse una obligación fundamental y una regla mínima no negociable a la que todo conciliador tenía la obligación imperativa de atenerse". Se trataría de una formulación más enérgica que la contenida en la versión actual. El párrafo 29 está incompleto y puede llamar a engaño y, al final de la primera oración, se deberían agregar las siguientes palabras, a fin de reflejar más cabalmente el debate: "..., a menos que la parte que suministre la información lo haga con la condición expresa de que no se revele esa información".

7. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que no es exacto decir, en el párrafo 28, que se formuló una crítica radical, dado que la crítica se relacionó con una práctica normal compartida por Australia, Singapur y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El orador propone que se vuelva a redactar la oración inicial, de la siguiente manera: "Algunos países formularon una crítica de la política en que se basa el proyecto de artículo 9".

8. La **Sra. Moosa** (Singapur) dice que el párrafo 29 se debería enmendar de conformidad con las enmiendas hechas en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y la Utilización.

9. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que no se enmendará el párrafo 29 para que concuerde con la Guía, a menos que se formule una propuesta concreta en ese sentido. El texto actual refleja exactamente un debate que se celebró en el Grupo de Trabajo.

10. El **Sr. Chan** (Singapur) dice que el proyecto de informe debe reflejar las deliberaciones de la Comisión durante el período de sesiones, y no solamente las del Grupo de Trabajo. Está claro que muchas delegaciones no apoyan el tenor actual.

11. El orador propone que el párrafo 29 se enmiende de la siguiente manera: inmediatamente después de las palabras "otra parte", hasta la palabra "conciliador", el texto se debería reemplazar por el siguiente: "no se ajusta a las prácticas establecidas en algunos países, lo que queda reflejado en el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, aunque el requisito sí se ajusta a las prácticas establecidas en otros países". Se conservarían las referencias entre paréntesis a otros documentos.

12. **El Presidente** dice que se introducirá el cambio propuesto por Singapur.

Examen del proyecto de artículo 10: Deber de confidencialidad (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.3)

13. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) sugiere que, en el párrafo 2, entre las palabras “conciliadores profesionales que” y las palabras “conocían bien las cuestiones”, se inserte la palabra “presumiblemente”. En consecuencia, la frase pertinente tendría el siguiente tenor: “conciliadores profesionales que presumiblemente conocían bien las cuestiones”.

14. En el párrafo 7, se deberían insertar las palabras “dado que eran superfluas, en vista de la existencia del artículo 3” entre las palabras “a menos que las partes convengan en otra cosa” y “pero tras el debate”. Al final de la misma oración, se debería agregar la siguiente frase: “, a fin de fortalecer en ese contexto el principio de la autonomía de la voluntad de las partes”. El párrafo enmendado tendría el tenor siguiente: “Recibió cierto apoyo la idea de suprimir las palabras “a menos que las partes convengan en otra cosa”, dado que eran superfluas, en vista de la existencia del artículo 3, pero tras el debate prevaleció la opinión de que debían mantenerse en el texto, a fin de fortalecer en ese contexto el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.”

15. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que la propuesta de los Estados Unidos no refleja el debate celebrado. Se debería conservar el tenor actual del párrafo 7.

16. **El Presidente** dice que, a su entender y al del Secretario, la enmienda de los Estados Unidos sí refleja la decisión que se adoptó.

17. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que apoya el texto propuesto por los Estados Unidos.

Examen del proyecto de artículo 11. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos A/CN.9/XXXV/ CRP.1/Add.4, párrs. 1 a 10)

18. **El Presidente** señala que no se han formulado observaciones sobre el artículo 11.

Examen del proyecto de artículo 12. Conclusión de la conciliación (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.4, párrs. 11 a 16)

19. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que, antes de la última oración del párrafo 14, se debería insertar la siguiente: “Se señaló también que la conciliación dependía de que ambas partes participaran voluntariamente y que no tenía sentido obligar a una parte a recurrir a la conciliación en contra de su voluntad”.

20. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que la delegación de Francia no puede apoyar la enmienda de los Estados Unidos. La Comisión ha omitido sistemáticamente todo lo relacionado con la cuestión del contrato por el que las partes convienen en recurrir a la conciliación. En algunos casos, la propuesta de los Estados Unidos se podría interpretar como una condonación de la violación del contrato relativo a la conciliación.

21. **El Presidente** señala que la propuesta de los Estados Unidos no refleja un acuerdo de la Comisión, sino que sólo contiene una posición que se expresó durante el debate.

22. El **Sr. Jacquet** (Francia) recalca la importancia de que se proporcione el contexto completo de cualquier cuestión que se plantee en el informe. En el presente caso, el asunto a que hace referencia la delegación de los Estados Unidos se planteó en el contexto de una propuesta de Francia para que se tuviera en cuenta la obligación de conciliar que incumbía a las partes cuando hubieran convenido previamente en una cláusula relativa a la conciliación. Lo que propone la delegación de los Estados Unidos significaría una injerencia indirecta en la obligación de conciliar contraída por las partes en virtud de un contrato. Cada vez que la delegación de Francia ha intentado introducir en el debate la cuestión del contrato de la conciliación, se ha formulado la objeción de que

el contrato escapa al ámbito de aplicación de la Ley Modelo. La misma norma se debería aplicar en todos los casos.

23. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) dice que apoya la propuesta de los Estados Unidos, que refleja una parte muy importante del debate. La enmienda no puede interpretarse como que la Comisión sancione, del modo que sea, quién se proponga violar en el futuro un contrato de conciliación; simplemente se reconoce la realidad de que constantemente se violan los contratos, cualesquiera que sean.

24. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) sugiere que la oración propuesta por los Estados Unidos se enmiende ligeramente insertando las palabras "el buen éxito de", de modo que tenga el tenor siguiente: "Se señaló también que el buen éxito de la conciliación dependía de que ambas partes participaran voluntariamente y que no tenía sentido obligar a una parte a recurrir a la conciliación contra su voluntad". En la última parte de la oración se hace referencia a la práctica, sin relacionar el asunto con legislación. Una de las cuestiones más importantes que se han planteado con respecto a la Ley Modelo es que en ella no se declara que los acuerdos de conciliación sean obligatorios. Constantemente se ha recalcado que los acuerdos de conciliación podrían ser obligatorios, pero que la cuestión escapa al ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

25. El **Sr. Jacquet** (Francia) dice que está dispuesto a convenir en la propuesta de los Estados Unidos, siempre y cuando en la Ley Modelo no se dé la impresión de que se alienta a las partes a conciliar del modo que deseen, cuando lo deseen o si lo desean, a pesar de que, mediante una cláusula de conciliación, ya hayan decidido que deben conciliar. Por ello, el orador sugiere que se agregue la siguiente oración después de la oración propuesta por los Estados Unidos: "Se señaló que la observación no tenía implicación alguna con respecto al posible incumplimiento por una de las partes de una obligación contractual de participar en la conciliación".

26. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) señala que la propuesta del representante de Francia simplemente repite algo que ya figura en la última oración del párrafo 14.

27. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que la Secretaría encontrará una formulación apropiada para incorporar ambas ideas en el párrafo.

28. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) propone un nuevo párrafo 14 bis del siguiente tenor:

> "Se sugirió que, si bien, por regla general, debía suprimirse la expresión "por escrito", un Estado que aprobara el artículo X podría exigir que el procedimiento de conciliación se diera por concluido por escrito, dado que era necesario determinar con precisión cuándo se daba por concluida la conciliación, a fin de que los tribunales pudieran determinar adecuadamente el período de prescripción. En ese contexto, se observó que, si se exigía que se diera por concluida la conciliación por escrito, también podría ser necesario informar por escrito del comienzo de la conciliación. Se pidió que ello quedara reflejado en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y la Utilización".

29. Además, el orador señaló que el párrafo 16 no reflejaba los cambios convenidos en el Comité Plenario. Sugirió que se volviera a formular la oración, de modo que dijera: "La Comisión remitió al grupo de redacción el contenido del artículo 12, en su forma en que fue aprobado".

Examen de proyecto de artículo 13. Actuación del conciliador como árbitro (A/CN.9/XXXV/CRP.1/ Add.5)

30. El **Sr. Markus** (observador de Suiza) propone que, después de la tercera oración del párrafo 2 del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.5, en que se considera que la reserva "salvo acuerdo en contrario de las partes" es superflua, se inserte la siguiente oración: "En apoyo de esta opinión, se señaló que esa reserva podía ser incluso contraproducente, porque podía dar una impresión equivocada, a saber, que había dos diferentes grados de autonomía de la voluntad de las partes, uno mayor y otro menor".

31. El **Sr. Reyes** (Colombia) dice que la delegación de Colombia propuso anteriormente que se modificara el título del artículo para reflejar su esencia, a saber, que un conciliador no puede actuar también como árbitro en una misma controversia. Aunque se rechazó la propuesta, el orador quisiera que el asunto quedara reflejado en el informe y, por ello, propone que, después del párrafo 6 o el párrafo 11, se inserte la siguiente oración: "Se planteó la posibilidad de modificar el título del artículo en aras de una mayor correlación y coherencia con el contenido del artículo, en el que se hace expresamente referencia a la imposibilidad de que el conciliador actúe como árbitro. Por ello, se propuso que el artículo tuviera el siguiente título: 'Imposibilidad de la actuación del conciliador como árbitro'."

32. **El Presidente** dice que en el informe se deberá agregar que no se aprobó la propuesta.

33. El **Sr. Chan** (Singapur) dice que el párrafo 9, sobre el debate acerca de si cabía que un juez o un árbitro facilitara la conciliación, carece de equilibrio porque refleja los argumentos en contra de la propuesta, pero no los argumentos a favor. El orador recuerda que la delegación de China señaló en detalle, que en el ordenamiento jurídico de varios países, entre ellos Singapur, se permitía expresamente que un árbitro actuara como conciliador en un mismo procedimiento. En respuesta, se objetó que la Asociación Internacional de Abogados estimaba que no era ético que un árbitro actuara como conciliador. La delegación de Singapur no desea que en el informe figure que, según el consenso imperante, en el ordenamiento jurídico de esos países se promueve una conducta ilícita y éticamente inaceptable. Si se concede el tiempo suficiente, la delegación de Singapur y otras delegaciones interesadas propondrán un nuevo texto del párrafo, en el que haya mayor equilibrio entre los argumentos a favor y en contra.

Se suspende la sesión a las 16.55 horas y se reanuda a las 17.20 horas.

34. El **Sr. Chan** (Singapur) dice que, a fin de que el texto del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.5 sea más equilibrado, la delegación de Singapur propone que, en el párrafo 8, se enmiende la primera oración y se divida en dos, de la manera siguiente: "En apoyo de esta sugerencia, se sostuvo que, en la legislación de varios países, se permitía expresamente esa actuación. No era conveniente que el proyecto de ley modelo no reconociera una práctica que en muchos países estaba aceptada como buena". En el párrafo 9, la última oración se debería reemplazar por la siguiente: "Se señaló también que, en algunos países, esa situación no era considerada ética".

35. El orador propone que se suprima el párrafo 11 en su integridad, para reemplazarlo por el siguiente texto: "Tras un debate, como no era posible llegar a un consenso, la Comisión decidió conservar tal cual el texto propuesto por el Grupo de Trabajo. Sin embargo, la cuestión se debía tratar en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y la Utilización (véase el documento A/CN.9/506, párr. 132)". En opinión del orador, en esa nueva versión del párrafo se recogerán todas las ideas presentadas en el debate, a la vez que se presentará una imagen equilibrada de las diversas opiniones expresadas sobre la cuestión.

36. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) acoge con beneplácito esa sugerencia. Sin embargo, preferiría que, para estar en conformidad con el lenguaje utilizado en otras partes del informe, figuraran las siguientes palabras: "que se debía aprobar el texto propuesto por el Grupo de Trabajo".

Examen del proyecto de artículo 14. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.6)

37. La **Sra. Brelier** (Francia) dice que, en la tercera oración del párrafo 4 del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.6, después de las palabras "se observó" se deberían agregar las palabras "como respuesta", porque la oración refleja una respuesta a una sugerencia anterior y un cambio de perspectiva.

38. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) dice que el párrafo 5, en que se refleja el debate sobre los criterios objetivos y subjetivos para que una parte conserve sus derechos al entablar procedimientos arbitrales o

judiciales a pesar de la existencia de una obligación contractual de recurrir a la conciliación, recogerá mejor el tenor del debate con los siguientes cambios: en la primera oración, en la frase "criterio puramente subjetivo", debería suprimirse la palabra "puramente"; en la cuarta oración, se debería reemplazar "tal criterio subjetivo" por "tales razones"; y en la octava oración, en la frase "juicio subjetivo", se debería suprimir la palabra "subjetivo". Al entender de la delegación de los Estados Unidos, ningún orador dijo durante el debate que las razones de una decisión de conservar los derechos fueran puramente subjetivas, aunque se dejaran a la sola discreción de una de las partes.

39. En el debate, reflejado en el párrafo 6 del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.6 y que culminó en la decisión de refundir los dos párrafos del proyecto de artículo sobre el recurso a procedimientos arbitrales o judiciales, se planteó varias veces que el cambio se haría en aras de la claridad. Por ello, la delegación de los Estados Unidos propone que, en la segunda oración del párrafo 6, se sustituya la frase "a fin de paliar el problema" por la frase "en aras de la claridad".

40. En la penúltima oración del párrafo se presenta de manera bastante truncada el debate en que se vincula la cuestión de los criterios subjetivos u objetivos con la cuestión de la refundición de los párrafos. La delegación de los Estados Unidos estima que la oración no refleja adecuadamente la complejidad del debate y se debería suprimir. En la última oración, donde se citan las palabras "cuando una de las partes lo estime necesario", se debería indicar la fuente de esa cita agregando la frase ", que provienen del artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI,", a fin de recalcar que la decisión de modificar la frase "según su exclusivo criterio", utilizada originalmente en el párrafo 2 del proyecto de artículo, se debió al deseo de que la Ley Modelo concordara con el Reglamento de Conciliación. En la misma oración, se podrían insertar las palabras "sin embargo" después de la palabra "Comisión", para señalar que la Comisión aprobó la sugerencia de refundir los párrafos a pesar de sus dudas.

41. Dado que se decidió reflejar parte del debate en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y la Utilización, se debería agregar una nueva oración al final del párrafo 6, del siguiente tenor: "La Comisión también observó que, en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y la Utilización, se brindaría una aclaración adicional sobre la aplicación del artículo".

42. El orador sugiere también que, al final de la primera oración del párrafo 7 del documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.6, se inserten las palabras "incluidas las medidas adoptadas por una parte para preservar sus derechos, antes de la expiración de un plazo de prescripción".

Aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (A/CN.9/XXXV/ CRP.1/Add.9)

43. **El Presidente** invita a que se formulen observaciones sobre el proyecto de decisión contenido en el documento de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.9.

44. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América) propone que se suprima el término "mediación" que figura tres veces en el texto del proyecto de decisión (A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.9). Indudablemente, es útil señalar a la atención del lector el hecho de que la conciliación abarca una amplia gama de técnicas y prácticas de mediación en diferentes ordenamientos jurídicos, pero ello se lograría de manera más útil insertando, después del primer párrafo del preámbulo, un nuevo párrafo del preámbulo del siguiente tenor: "Y observando a este respecto que la expresión "conciliación" abarca la mediación y otros procesos de importancia similar".

45. La **Sra. Brelier** (Francia) dice que la adición propuesta recargaría el texto. La oradora estima que el texto es ya suficientemente claro sobre los diversos tipos de conciliación y que bastaría con suprimir el término "mediación" cada vez que figure en el proyecto de decisión.

46. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) sugiere un párrafo aparte del preámbulo que comience con las palabras “Observando a este respecto que el término conciliación significa otros ...”. Un párrafo aparte serviría para separar la terminología de las consideraciones de índole política o comercial.

47. El **Sr. Tang** Houzhi (China) dice que, al parecer, falta algo en el tercer párrafo de la parte dispositiva, luego de “debidamente en cuenta la”. ¿Qué se recomienda a los Estados que tomen en cuenta: la aprobación de la Ley Modelo -y que hagan referencia a ella cuando aprueben leyes de carácter nacional- u otra cosa?

48. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) sugiere que, después de la frase “debidamente en cuenta la”, se inserten las palabras “promulgación de la Ley Modelo”.

49. El **Sr. Zanker** (observador de Australia) hace suya esa sugerencia.

50. El **Sr. Reyes** (Colombia) sugiere una corrección en la quinta línea del párrafo 2 de la versión en español del documento A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.9. En vez de “para que la secretaría lo complete”, debería figurar “para ser completado por la secretaría” y se debería suprimir la coma después de la palabra “internacional”.

51. El **Sr. Mirzaee-Yengejeh** (República Islámica del Irán) pregunta si el proyecto de decisión no se debería considerar más bien un proyecto de resolución que habrá de transmitirse a la Asamblea General. De ser así, la palabra “decisión” se debería reemplazar por la palabra “resolución” y se debería enmendar el párrafo 2 suprimiendo las palabras “para que la secretaría lo complete sobre la base de las deliberaciones de la Comisión en su 35º período de sesiones”.

52. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) explica que las decisiones de la Comisión se adoptan de diversas maneras. Las leyes modelo se han aprobado frecuentemente en el presente formato. Sin embargo, los textos de la Comisión no se presentan directamente a la Asamblea General. Esa es una prerrogativa de la Sexta Comisión de la Asamblea, excepto en el caso de los tratados, cuyos proyectos de texto se presentan a la Asamblea.

53. El **Sr. Mirzaee-Yengejeh** (República Islámica del Irán) desea saber si la Comisión, como órgano subsidiario de la Asamblea General, podría dirigirse directamente al Secretario General o los Estados Miembros.

54. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que la Comisión puede, en efecto, formular peticiones al Secretario General, por lo que, ocasionalmente, le pide que prepare un informe para la Asamblea General. El tenor del presente proyecto de decisión se basa bastante en decisiones anteriores sobre leyes modelo, en particular la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas.

55. *Queda aprobado el proyecto de texto que figura en los documentos de sesión A/CN.9/XXXV/CRP.1/Add.1 a 6 y Add.9, en su forma enmendada.*

56. El **Sr. Kovar** (Estados Unidos de América), en nombre de los miembros de la Comisión, felicita al Presidente interino por sus afortunados esfuerzos destinados a concluir la redacción del proyecto de ley modelo en un tiempo excepcionalmente breve.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

IV. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI*: nota de la Secretaría

(A/CN.9/538) [Original: inglés]

Índice

		Página
I.	Cuestiones generales	1363
II.	Compraventa internacional de mercaderías	1364
III.	Arbitraje y conciliación comerciales internacionales	1369
IV.	Transporte internacional	1373
V.	Pagos internacionales	1375
VI.	Comercio electrónico	1375
VII.	Garantías independientes y cartas de crédito contingente	1376
VIII.	Contratación pública	1377
IX.	Insolvencia transfronteriza	1377
X.	Financiación por cesión de créditos	1379
XI.	Contratos internacionales de construcción	1381
XII.	Comercio compensatorio internacional	1381
XIII.	Proyectos de infraestructura con financiación privada	1381
XIV.	Garantías reales	1382
Anexo	Textos jurídicos de la CNUDMI	1383

I. Cuestiones generales

Bakhin, S.V. S. Mezhdynarodnee svodee ynefetzerovannogo kontraktnogo prava: (International codifications of unified contractual law). San Petersburgo (Federación de Rusia), Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de San Petersburgo, 2002.

Texto en ruso.

La Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) pide que se amplíe la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; se elegirían 24 nuevos miembros el año próximo; concluye el debate sobre los planes para preparar una convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus

* La jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (CLOUT) y las referencias bibliográficas al respecto figuran en la serie de documentos A/CN.9/SER.C/... .

bienes. *M2 presswire* (Coventry (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), 25 de octubre de 2002.

Se analizan las sesiones de la Asamblea General dedicadas a la labor de la CNUDMI.

Morais, H. V. The quest for international standards; global governance v. sovereignty. *Kansas law review* (Lawrence, Kansas) 50:779 a 821, 2002.

News from UNCITRAL; consideration by Working Group III (Transport Law) of the CMI Draft Instrument on Transport Law. *CMI news letter*, Comité Marítimo Internacional (Amberes) 11-12, 2002.

NLCIFT participates in work of United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Novedades: *news from the National Law Center for Inter-American Free Trade* (Tucson, Arizona) 9:3:1, 2002.

Ocejo, M. A. CFA hosts global finance conference in Vienna, Austria. *The secured lender* (Nueva York) 58:5:48 a 51, 2002.

Piaggi, A. I. UNCITRAL y el futuro comercial. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994.

La Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de las Naciones Unidas examina la función de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y ciertas propuestas sobre el aumento del número de miembros y la eficiencia de funcionamiento; se inicia también el debate sobre el informe relativo a la protección del personal de las Naciones Unidas y de otros funcionarios de carácter internacional. *M2 presswire* (Coventry, Reino Unido), 1º de octubre de 2002.

En dos secciones. Se analizan las sesiones de la Asamblea General dedicadas a la labor de la CNUDMI.

Van Alstine, M.P. The role of national courts; treaty law and legal transition costs. *Chicago-Kent* (Chicago, Illinois) 77:1303 a 1324, 2002.

Se analiza el CLOUT.

Zeller, B. The development of uniform laws; a historical perspective. *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 14:163 a 177, 2002.

II. Compraventa internacional de mercaderías

Affolder, N. Awarding compound interest in international arbitration. *American review of international arbitration* (Nueva York) 12:1:45 a 93, 2002.

Andreason, R.N. MCC-Marble Ceramic Center; the parol evidence rule and other domestic law under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Brigham Young University law review* (Provo, Utah) 1:351 a 379, 1999.

Boss, A. H. Taking UCITA on the road; what lessons have we learned? *Roger Williams University law review* (Bristol, Rhode Island) 7:167 a 213, 2001.

Se analiza la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en relación con cuestiones de comercio electrónico.

Bund, J.M. *Force majeure* clauses; drafting advice for the CISG practitioner. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pensilvania) 17:381 a 413, 1998.

Butler, A.E. Interpretation of "place of business"; comparison between provisions of the CISG (article 10) and counterpart provisions of the PECL. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:275 a 280, 2002.

_____. The international contract; knowing when, why and how to "opt out" of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Florida bar journal* (Tallahassee, Florida) 76:24, 2002).

Colligan, A.B., Jr. Applying the general principles of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to fill the article 78 interest rate gap in Zapata Hermanos, S.A. *v. Hearthside Baking Co. Inc. (2001). Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:1:40 a 56, 2002.

Cvetkovic, P. The characteristics of an offer in CISG and PECL. *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 14:121 a 131, 2002.

Diesse, F. Jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises (CVIM). *Revue de droit des affaires internationales. International business law journal* (París), 1:108 a 114, 2003.

DiMatteo, L.A. Contract talk; reviewing the historical and practical significance of the principles of European contract law. *Harvard international law journal* (Cambridge, Massachusetts) 43:569 a 581, 2002.

Donnelly, S.J.M. y Donnelly, M.A. 2000-2001 Survey of New York law; commercial law. *Syracuse law review (*Syracuse, Nueva York) 52:247 a 322, 2002.

Se analiza la Convención sobre la Compraventa.

Eiselen, S.E-commerce and the CISG; formation, formalities and validity. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:305 a 320, 2002.

Fallon, M. y Meeusen, J. Le commerce électronique, la directive 2001/31/CE et le droit international privé. *Revue critique de droit international privé* (París) 91:435 a 490, 2002.

Farnsworth, E.A. The interpretation of international contracts and the use of preambles (L'interprétation des contrats internationaux et l'utilisation des préambules). *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 3-4: 271 a 279, 2002.

Felemegas, J. The award of counsel's fees under article 74 CISG; Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking Co. (2001). *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:1:30 a 39, 2002.

Ferrari, F. Brief remarks on electronic contracting and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6: 2:289 a 304, 2002.

_____. Forum shopping et droit matériel uniforme. *Journal du droit international* (París) 129:2:383 a 408, 2002.

_____. "Forum shopping" despite international uniform contract law conventions. *International and comparative law quarterly* (Londres) 51:3:689 a 707, 2002.

_____. Tribunale di Vigevano; Specific aspects of the CISG uniformly dealt with. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pensilvania) 20:2:225 a 239, 2000.

_____. Overview of case law on the CISG's international sphere of application and its applicability requirements (articles 1(1)(A) and (B)). *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 8:961 a 975, 2002.

_____. Exclusion et inclusion de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980. *Revue générale de droit* (Ottawa) 32:2:335 a 357, 2002.

_____. Interpretation of statements and conduct under the Convention for the International Sale of Goods (CISG) in the light of case law. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 1:96 a 107, 2003.

_____. Gap-filling and interpretation of the CISG; overview of international case law. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 2:221 a 239, 2003.

Flambouras, D. P. The doctrines of impossibility of performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law; a comparative analysis. *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 13:262 a 293, 2001.

Helfat, J.N. *y* Kohn, R.M. Legal notes. *The secured lender* (Nueva York) 58:5:78 a 84, 2002.

Análisis de una sentencia inspirada en la Convención sobre la Compraventa que dictó un tribunal estadounidense en un litigio por una garantía real constituida sobre existencias inventariadas a favor de un prestamista.

Houtte, H. van. *The law of international trade*. ed. Londres, Sweet and Maxwell, 2002.

En el capítulo 4 se analiza la Convención sobre la Compraventa.

Huang, Y. Grasp the key to the case. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pensilvania) 17:8:39 a 62, 2002.

Jacobs, M.S. The U.N. Convention for the International Sale of Goods (CISG) in Australia to date; an illusive quest for global harmonization? *Mealey's*

international arbitration report (King of Prussia, Pensilvania) 17:12:24 a 46, 2002.

Jenkins, S.H. Discharge of contract-performance and tender; what are the operative principles for a global community? *Florida law review* (Gainesville, Florida) 54:451 a 493, 2002.

Kee, C. Remedies for breach of contract where only part of the contract has been performed; comparison between provisions of the CISG (articles 51, 73) and counterpart provisions of the PECL. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:281 a 286, 2002.

Lando, O. Salient features of the Principles of European Contract Law; a comparison with the UCC. *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 13:339 a 369, 2001.

Lookofsky, J. Commentary; Zapata Hermanos v. Hearthside Baking. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:1:27 a 29, 2002.

Magnus, U. UN-Kaufrecht und neues Verjährungsrecht des BGB; Wechselwirkungen und Praxisfolgen. *Recht der internationalen Wirtschaft* (Heidelberg) 8:577 a 584, 2002.

Mankowski, P. Überlegungen zur sach - und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs. *Recht der internationalen Wirtschaft; Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 49:2 - 15, 2003.

Manna, J.S., Sabino, A.M. y Wander, L.A. Reliance on the Statute of Frauds can be costly; under international law, oral contracts for the sale of goods can be enforceable. *New Jersey law journal* (Newark, Nueva Jersey) 23 de diciembre de 2002.

Mather, H. Choice of law for international sales issues not resolved by the CISG. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pensilvania) 20:2:155 a 208, 2001.

Miur Watt, H. Cour de cassation (1re Ch. civ.); 8 janvier 2002; Soc. Coqín c. Soc. Polarcup Benelux S.A. *Review critique de droit international privé* (París) 2:343 a 345, 2002.

Muriá, A. Primera sentencia mexicana sobre la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías; el caso Peterman c. Rossy (14/07/2000). *Revista mexicana de derecho internacional privado* (México, D.F.) 11:99 a 113, 2002.

Murray, J.E., Jr. The definitive “battle of the forms”; chaos revisited? *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pensilvania) 20:1:1 a 48, 2000.

_____. International law trumps the UCC for deals in 61 nations. *Purchasing* (Newton, Massachusetts) pág. 20, 6 de febrero de 2003.

Perales Viscasillas, M.P. Battle of forms and burden of proof; an analysis of BGH 9 January 2002. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:217 a 228, 2002.

Plate, T. The buyer's remedy of avoidance under the CISG; Acceptance from a common law perspective? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:1:57 a 82, 2002.

Posch, W. y Petz, T. Austrian cases on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:1:1 a 24, 2002.

Ramberg, J. *International commercial contracts*. 2da. edición, París, Cámara de Comercio Internacional, 2000.

Raynard, J. Champ d'application de garantie du vendeur dans la vente internationale de marchandises [Conv. Vienne, 11 avr. 1980, art 42, §2a]. *La semaine juridique édition générale* (París) 5:193 a 197, 2003.

Traducido por Romito, Angela Maria; editado por Sant 'Elia, Charles. Análisis de un caso; CISG; Italian court and homeward trend; Courte d'Appello di Milano, 20 March 1998, Italdecor s.a.s. v. Yiu's Industries (H.K.) Ltd. *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 14:179 a 203, 2002.

Rueda, I. Convention de Vienne du 11 avril 1980; Cass. 1re civ., 8 janv. 2002; Sté Coqín c/ Sté Polarcup Benelux SA. *La Semaine juridique édition générale* (París) 5:180, 2003.

Schlechtriem, P. *Internationales UN-Kaufrecht*. 2da. edición, Tubinga, Mohr Siebeck, 2003.

Schroeter, U. Freedom of contract; comparison between provisions of the CISG (article 6) and counterpart provisions of the PECL. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:257 a 266, 2002.

_____. Interpretation of "writing"; comparison between provisions of the CISG (article 13) and counterpart provisions of the PECL. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:267 a 274, 2002.

Sonnenberger, H.J. L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001. *Revue critique de droit international privé* (París) 91:3:405 a 434, 2002.

Sono, K. The rise of a national contract law in the age of globalization. *Tulane law review* (Nueva Orleans, Luisiana) 75:1185 a 1193, 2001.

Su, Y. Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem chinesischen Vertragsgesetz. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (Heidelberg) 102:101 a 115, 2003.

Torzilli, P. The aftermath of MCC-Marble; is this the death knell for the parol evidence rule? *St. John's law review* (Jamaica, Nueva York) 74:843 a 873, 2000.

Vanwijck a Alexandre, M. Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat (Clauses which put an end to the contract and clauses which survive the contract). *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal*. (París) 3 y 4:407 a 442, 2002.

Witz, C. Cour d'appel de París; 14 juin 2001; Sté Aluminum and Light Co-Alico LTD c/Sarl Saint Bernard Miroiterie Vitrerie. *Journal du droit international* (París) 129:2:483 a 497, 2002.

_____. Trois questions récurrentes de la vente internationale de marchandises au sein du même arrêt. *Recueil Dalloz; cahier droit des affaires* (París) 36:2795 a 2799, 2002.

_____. Les nouveaux délais de prescription du droit allemand applicables aux ventes internationales de marchandises régies par la Convention de Vienne. *Recueil Dalloz; cahier droit des affaires* (París) 37:2860 a 2862, 2002.

Zahraa, M. *y* Ghith, A.A. Specific performance in the light of the CISG, the UNIDROIT principles and Libyan law. *Uniform law review, Revue de droit uniforme* (Roma) 7:3:751 a 774, 2002.

Zeller, B. Jurisdiction in cyberspace; does the CISG "manage" the global communications medium? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:305 a 320, 2002.

_____. The development of uniform laws; a historical perspective. *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 14:163 a 177, 2002.

III. Arbitraje y conciliación comerciales internacionales

Affolder, N. Awarding compound interest in international arbitration. *American review of international arbitration* (Nueva York) 12:1:45 a 93, 2002.

Arbitration law study group revises draft text of arbitration law. *Wave Length; the bulletin of the Japan Shipping Exchange, Inc*. (Tokio) 46:3 a 18, 2003.

En el anexo figura el proyecto revisado de ley de arbitraje (inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI). En inglés.

Asouzu, A.A. *International commercial arbitration and African States*. Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2001.

Baker, C.M. *y* Ali, A.H. A cross-comparison of institutional mediation rules. *Dispute resolution journal* (Nueva York) 57:2:72 a 81, 2002.

Berger, K.P. *Arbitration interactive; a case study for students and practitioners*. Francfort, Peter Lang, 2002.

Viene con un DVD-ROM interactivo.

Bergsten, E.E. Ten years of the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. *International arbitration law review* (Londres) 6:1:37 a 42, 2003.

Besrour, R. CNUDCI; loi type sur la conciliation commerciale internationale. *La semaine juridique édition générale* (París) 5:185, 2003.

Beuchert, T., Laumann, D. *y* Towfigh, E. Schiedsgerichtsbarkeit in der Volksrepublik China. *Recht der internationalen Wirtschaft* (Heidelberg) 12:902 a 912, 2002.

Bishop, R. D. *y* Russell, W.W. Survey of arbitration awards under chapter 11 of the North American Free Trade Agreement. *Journal of international arbitration* (La Haya) 19:6:505 a 579, 2002.

Branson, C. Interim measures of protection in a changing international commercial arbitration world. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 9:9 a 16, 2002.

Chakko, G. UN model law on conciliation passed. *The Hindu*, (Chennai, India) 31 de julio de 2002.

Claver-Carone, M.J. Post - handover recognition and enforcement of arbitral awards between mainland China and Hong Kong SAR; 1999 Agreement vs. New York Convention. *Law and policy in international business* (Washington, D.C.) 33:369 a 403, 2002.

Coe, J.J. Jr. The serviceable texts of international commercial arbitration; an embarrassment of riches. *Williamette journal of international law and dispute resolution* (Salem, Oregón), 10:143 a 158, 2002.

Craig, W. L., Park, W.W. y Paulsson, J. *International Chamber of Commerce arbitration.* 3 edición, Dobbs Ferry, Nueva York, Oceana Publications, 2000.

En el capítulo 29 se analiza la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

Cremades, B.M. y Cairns, D.J. El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores. *Revista mexicana de derecho internacional privado* (México, D.F.) 11:47 a 95, 2002.

Daly, B.W. Correction and interpretation of arbitral awards under the ICC Rules of Arbitration. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (París) 13:1:61 a 71, 2002.

Se comparan el Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con el de la CNUDMI y con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

Ebe, R.L. The nuts and bolts of arbitration. *Franchise law journal* (Chicago) 22:85 a 97, 2002.

Eidenmüller, H. A legal framework for national and international mediation proceedings. *International journal of dispute settlement* (Heidelberg) 12:14 a 19, 2002.

El-Adab, A.H. La nouvelle loi jordanienne sur l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (París) 2:301 a 328, 2002.

Se analiza la nueva ley jordana de promulgación y aplicación de la Ley Modelo.

Elsing, S.H. Internationale Schiedsgerichte als Mittler zwischen den prozessualen Rechtskulturen. *International journal of dispute settlement* (Heidelberg) 12:19 a 26, 2002.

Gearing, M. Going full circle in Singapore; Dermajaya properties. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pensilvania) 17:10:29 a 35, 2002.

Goldstein, M.J. y Bjorklund, A.K. International legal developments in review; 2001; international commercial dispute resolution. *International lawyer* (Chicago), 36: 401, 2002.

Houtte, H. van. *The law of international trade*. Londres, Sweet and Maxwell, 2002.

En el capítulo 11 se analiza el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Huang, Y. Grasp the key to the case. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pensilvania) 17:8:39 a 62, 2002.

Hwang, M. y Muttath, R.C. The role of courts in the course of arbitral proceedings; Singapore and other Asian perspectives. *Arbitration; the journal of the Chartered Institute of Arbitrators* (Londres) 68:3:223 a 237, 2002.

Idornigie, P.O. The relationship between arbitral and court proceedings in Nigeria. *Journal of international arbitration*. (La Haya) 19:5:443 a 459, 2002.

_____. The default procedure in the appointment of arbitrators; is the decision of the court appealable? *Arbitration; the journal of the Chartered Institute of Arbitrators* (Londres) 68:4:397 a 403, 2002.

International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration. Final report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards. En el Report of the Seventieth Conference; New Delhi 2002. Londres, Asociación de Derecho Internacional, Londres, 2002, págs. 352 a 379.

Jambholkar, L. International commercial arbitration; recent developments in Indian law. *Journal of international arbitration* (La Haya) 19:6:601 a 608, 2002.

Johari, H.C. Commentary on Arbitration and Conciliation Act, 1996; adopting the Model Arbitration Law prepared by the United Nations Commission on International Trade Law and incorporating acts for implementing New York and Geneva conventions. 2da. edición, Calcuta, Kamal Law House, 2002. 2v.

Keglevic, A. Arbitration in Central Europe; does regionality exist? *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 9:79 a 103, 2002.

Kim, K.R. How do you settle business disputes with Koreans? The advent of a new amendment to the Korean Arbitration Act. *Transnational lawyer* (Sacramento, California), 15:227 a 240, 2002.

Se analiza la forma de promulgación y aplicación en Corea de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje.

Kostin, A.A. La Ley Modelo de la CNUDMI y la Ley rusa sobre arbitraje comercial internacional; análisis desde las perspectivas de la equidad y el derecho. En Cuestiones actuales de arbitraje comercial internacional en el 70ª aniversario de la constitución del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación de Rusia (traducción del título ruso), editado por A.C. Komarov Moscú, Spark, 2002. págs. 88 a 92.

Título y texto en ruso.

Kreindler, R. Aspects of illegality in the formation and performance of contracts. *International arbitration law review* (Londres) 6:1:1 a 24, 2003.

Lee, J.W. Últimas tendencias en materia de arbitraje. *Revista de Arbitraje* (Seúl), 305:59 a 69, 2002.

En coreano. Incluye un análisis del programa actual de trabajo del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI.

Liebeskind, J.C. State-investor dispute settlement clauses in Swiss bilateral investment treaties. *ASA bulletin* (La Haya) 20:1:27 a 58, 2002.

Incluye un análisis de la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en los tratados bilaterales de inversión.

McLaren, E. Effective use of international commercial arbitration; a primer for in-house counsel. *Journal of international arbitration* (La Haya) 19:6:473 a 490, 2002.

Motion adoptée par le groupe d'arbitres réunis sous l'égide de la Chambre arbitrale de Milan (à propos des travaux de la CNUDCI sur les mesures provisoires et l'arbitrage international). *Revue de l'arbitrage* (París) 4:1073 a 1074, 2002.

A new arbitration law is now being drafted. *JCA newsletter* (Tokio), 15:2, 2002.

Piaggi, A.I. La vinculación entre UNCITRAL y el arbitraje comercial internacional; una relación exitosa. *El Derecho* (Buenos Aires), 19 de noviembre de 2002.

Pillay, M.R. The Singapore arbitration regime 2002; Then, now and why. *International Construction Law Review* (Londres), 1:91 a 127, 2003.

Raeschke-Kessler, H. The production of documents in international arbitration; a commentary on article 3 of the new IBA Rules of Evidence. *Arbitration international* (Londres) 18:4:411 a 430, 2002.

Rosell, J. Confidentiality and arbitration. *Croatian arbitration yearbook.* (Zagreb) 9:19 a 25, 2002.

Rumpf, C. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Türkei. *Recht der internationalen Wirtschaft; Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 48:843 a 851, 2002.

Sanders, P. UNCITRAL's Model Law on Conciliation. *International journal of dispute settlement* (Heidelberg) 12:1, 2002.

Schlabrendorff, F. von Resolving cultural differences in arbitration proceedings. *International financial law review* 21:3:38 y 39, 2002.

Segesser, G. von. Witness preparation in international commercial arbitration. *ASA bulletin* (La Haya) 20: 2:222 a 228, 2002.

Smith, G., Lim, M. y Choong, J. The UNCITRAL Model Law and the parties' chosen arbitration rules; complementary or mutually exclusive? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:194 a 216, 2002.

Tchakoua, J.M. Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties; les limites d'un déguisement bien utile (The status of the arbitral award by consent; the limits of a useful ruse). *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 7:775 a 793, 2002.

Thomson, C.R. *y* Finn, A.M.K. International commercial arbitration; a Canadian perspective. *Arbitration international* (Londres) 18:2:205 a 218, 2002.

Time for revamp of arbitration law. *The star* (Petaling Jaya, Malaysia), 24 de febrero de 2003.

Triebel, V. Discovery of Documents in internationalen Schiedsverfahren; Theorie und Praxis. *International journal of dispute settlement* (Heidelberg) 12:26 a 32, 2002.

Triva, S. Croatian Law on Arbitration. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 9:107 a 138, 2002.

Incluye un análisis de la forma de promulgación y aplicación de la Ley Modelo en Croacia.

UMA drafting committee tackles task of an international version. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 14:2:35, 2003.

Se examinan cuestiones de redacción para la preparación de un suplemento de la Ley uniforme sobre los regímenes de mediación de los Estados Unidos de América a la luz de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

UNCITRAL adopts draft Model Law on International Commercial Conciliation. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pensilvania), 17:8:14 y 15, 2002.

Weiler, T. NAFTA investment law in 2001; as the legal order starts to settle, the bureaucrats strike back. *International lawyer* (Chicago) 36:345, 2002.

Zekos, G.I. Arbitration as a dispute settlement mechanism under UNCLOS, the Hamburg Rules, and WTO. *Journal of international arbitration* (La Haya) 19:6:497 a 594, 2002.

IV. Transporte internacional

Alcántara, J. The new regime and multimodal transport. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:399 a 404, 2002.

Asariotis, R. Allocation of liability and burden of proof in the Draft Instrument on Transport Law. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:382 a 398, 2002.

Auchter, G. La Convention de Budapest (CMNI). *European transport law/Droit européen des transports (*Amberes) 37:5:545 a 602, 2002.

Se analiza el proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte de la CNUDMI en el marco del Convenio de Budapest de 2001, relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior (Convenio CMN)

Beare, S. Liability regimes; where we are, how we got there and where we are going. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:306 a 315, 2002.

Berlingieri, F. Basis of liability and exclusions of liability. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:336 a 349, 2002.

Clarke, M. Transport documents; their transferability as documents of title; electronic documents. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:356 a 369, 2002.

_____. Multimodal transport in the new millennium. *WMU journal of maritime affairs* (Malmö, Suecia) 1:1:71 a 84, 2002.

_____. Harmonization of the regulation of carriage of goods in Europe. *Transportrecht* (Kriftel, Alemania), 25:11/12: 428 a 434, 2002.

En inglés.

Debattista, C. The CMI/UNCITRAL cargo liability regime; regulation for the 21st century? *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:304 y 305, 2002.

Incluye ponencias presentadas en un simposio sobre el anteproyecto de instrumento de la CNUDMI relativo al transporte de mercaderías, que organizó el Instituto de Derecho Marítimo de la Universidad de Southampton.

Harper, E.W. International legal developments in review; 2001; admiralty and maritime law. *International lawyer* (Chicago) 36:393, 2002.

Heber, R. Jurisdiction and arbitration; should the new convention contain rules on these subjects? *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:405 a 417, 2002.

Huybrechts, M. Limitation of liability and of actions. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:370 a 381, 2002.

Jones, P. A new transport convention; a framework for e-commerce? *Electronic communication law review* (La Haya) 9:2:145 a 164, 2002.

Lee, E.S. The changing liability system of sea carriers and maritime insurance; focusing on the enforcement of the Hamburg Rules. *Transnational lawyer* (Sacramento, California) 15:241 a 255, 2002.

Pavliha, M. Prevozne pogodbe; sedanjost in prihodnost Slovenskega ter mednarodnega prava. *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. (Rijeka, Croacia) 2: 229 a 241, 2002.

En esloveno.

Røsœg, E. The applicability of conventions for the carriage of goods and for multimodal transport. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:316 a 335, 2002.

UN agency moves in on rules for container traffic liability. *Insurance day* (Londres), 8 de octubre de 2002.

Van der Ziel, G.J. The UNCITRAL/CMI draft for a new convention relating to the contract of carriage by sea. *Transportrecht* (Kriftel, Alemania) 25:7/8:265 a 277, 2002.

En inglés.

Zekos, G.I. Arbitration as a dispute settlement mechanism under UNCLOS, the Hamburg Rules, and WTO. *Journal of international arbitration* (La Haya) 19:6:497 a 594, 2002.

Zunarelli, S. The liability of the shipper. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 3:350 a 355, 2002.

V. Pagos internacionales

Lowry, H.P. Early implementation of the 1988 UNCITRAL Bills and Notes Convention. *En* Legal harmonization in the Americas; business transactions, bijuralism and the OAS. Washington D.C., Organización de los Estados Americanos, 2002.

Ropoša, T. Vloga trasirane in lastne menice pri mednarodnih plačilih (Función de las letras de cambio y los pagarés en los pagos internacionales). *Mednarodno poslovno pravo* (Ljubljana), págs. 19 a 23, agosto de 2002.

En esloveno.

Se analiza la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, de 1988.

VI. Comercio electrónico

Beale, H. *y* Griffiths, L. Electronic commerce; formal requirements in commercial transactions. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 4:467 a 484, 2002.

Bernstorff, C.G. von. Deutsches Recht in einer elektronischen Geschäftswelt. *Recht der internationalen Wirtschaft; Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 49:I, 2003.

Boss, A.H. Taking UCITA on the road; what lessons have we learned? *Roger Williams University law review* (Bristol, Rhode Island) 7:167 a 213, 2001.

Se analiza la Convención sobre la Compraventa en relación con cuestiones de comercio electrónico.

E-bill passes to applause by Microsoft. *The press* (Christchurch, Nueva Zelandia) 15 de octubre de 2002.

Eiselen, S. E-commerce and the CISG; Formation, formalities and validity. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 6:2:305 a 320, 2002.

Faria, J.A.E. International harmonisation of e-commerce law; the way ahead. *TMI; treasury management international* (Londres) 110:1, 2002.

Finocchiaro, G. Digital signature and electronic signatures; the Italian regulatory framework after the d.lgs. 10/2002. *Electronic communication law review* (La Haya) 9:2:127 a 143, 2002.

Ghalib, A.W. Legal perspective; UNCITRAL's Model Law on Electronic Commerce. *Gulf news*. (Dubai, Emiratos Árabes Unidos) 9 de marzo de 2002.

Morales Arce, J.B. Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid, España) 21:88:272 y 273, 2002.

Moreno, Á.G. El comercio electrónico y su disciplina; ¿un nuevo derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios? *Derecho de los negocios* (Madrid) 13:145:28 a 47, 2002.

Muñiz Arguelles, L. La contratación electrónica y las normas generales de contratación. *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (San Juan) 71:639 a 654, 2002.

New, W. U.N. legal group preps for meeting on e-commerce barriers. *National journal's technology daily*. (Washington, D.C.) 8 de octubre de 2002.

Piaggi, A.I. La Ley Modelo de UNCITRAL y la modernización de la legislación para facilitar el e-commerce. *Revista doctrina societaria* (Buenos Aires) Nº 144, 1999.

Pistorius, T. Contract formation; a comparative perspective on the Model Law on Electronic Commerce. *The comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) XXXV: 2:129 a 156, 2002.

Polanski, P.P. A new approach to regulating Internet commerce; custom as a source of electronic commerce law. *Electronic communication law review* (La Haya) 9:3:165 a 205, 2002.

Rambarran, I.A. I accept, but do they? The need for electronic signature legislation on mainland China. *Transnational lawyer* (Sacramento, California), 15:405 a 436, 2002.

Tan, H.S.K. The impact of the Singapore Electronic Transactions Act on the formation of e-contracts. *Electronic communication law review* (La Haya) 9:2:85 a 112, 2002.

VII. Garantías independientes y cartas de crédito contingente

Annual survey of letter of credit law and practice, 2002; Beijing annual survey summary. *Documentary credit world* (Montgomery Village, Maryland) 6:7:28 a 31, 2002.

Dole, R.F., Jr. Warranties by beneficiaries of letters of credit under revised article 5 of the UCC; the truth and nothing but the truth. *Houston law review* 39:375 a 411, 2002.

Publicado también en Annual survey of letter of credit law and practice. Editado por Byrne, J.E. *y* Byrnes, C.S., Montgomery Village, Maryland, Institute of Banking Law and Practice, 2003, págs. 39 a 61.

Financements et garanties dans le commerce international; guide juridique. Ginebra, Centro de Comercio Internacional, 2002.

Gao, X. The identity of the fraudulent party under the fraud rule in the law of letters of credit. *En* Annual survey of letter of credit law and practice. Editado por: Byrne, J.E. y Byrnes, C.S., Montgomery Village, Maryland, Institute of Banking Law and Practice, 2003, págs. 62 a 79.

Maulella, V. Can US banks issue guarantees? *DCInsight* (París), 8:2:6 y 7, 2002.

Publicado también en Annual survey of letter of credit law and practice. Editado por James E. Byrne J.E. y Byrnes C.S., Montgomery Village, Maryland, Institute of Banking Law and Practice, 2003, págs. 112 a 115.

Turner, P. Standard banking practice and the UCP. *DCInsight* (París) 8:4:12 y 13, 2002.

UN Convention progress. *Documentary credit world* (Montgomery Village, Maryland) 6:7:3, 2002.

VIII. Contratación pública

Arrowsmith, S. The character and role of national challenge procedures under the Government Procurement Agreement. *Public procurement law review* (Londres) 4:235 a 260, 2002.

Lamvol, A. From transition to cohesion; the reform of public procurement in Estonia. *Public procurement law review* (Londres) 1:74 a 97, 2002.

Tian, J. Public procurement in China; the way forward. *Public procurement law review* (Londres) 4:207 a 228, 2001.

IX. Insolvencia transfronteriza

Australia. *Cross-Border Insolvency; promoting international cooperation and coordination*. 2000. (Proposals for Reform, 8).

Clift, J. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency; an answer to insolvency issues in the framework of international trade and of international projects. En Faillite et concordat judiciaire; un droit aux contours incertains et aux interférences multiples. Lovaina, Bélgica, 2002, págs. 81 a 113. (vol. 9)

Cooper, N. INSOL International technical project report. *INSOL world; the newsletter of INSOL International* (Londres) págs. 14 y 15, diciembre de 2002.

Deshpande, N.V. *y* Sunil Kumar, K.N. Cross border insolvency; the international standards and its applicability in the Indian situation. *En* Report of the Advisory Group on Bankruptcy Laws, Bombay, 2001. (vol. 2).

Contiene un apéndice en el que se comparan artículos de la Ley Modelo con las disposiciones correspondientes del derecho indio.

Esplugues Mota, C. Hacia la elaboración de un *standard* legislativo internacional en materia concursal; la propuesta de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). *Derecho de los negocios* (Madrid) 146:19 a 40, 2002.

Fletcher, I.F. *y* Anderson, Hamish. The insolvency issues. *En* Cross-border security and insolvency. Editado por: Bridge M. y Stevens R., eds. NuevaYork, Oxford University Press, 2001. págs. 257 a 288.

Floyd, B.B. Twenty-sixth session of UNCITRAL Working Group V (Insolvency Law). *International Bar Association Committee J news* (Londres) 12:2:6 a 11, 2002.

Frieswick, K. Going bust not the same all over; filing for bankruptcy protection means different things in different countries; will a uniform code ever be adopted? *CFO; the magazine for senior financial executives*. (Nueva York) 18:7:73, 22 de julio de 2002.

Harmer, R. Train driving. *INSOL world; the newsletter of INSOL International* (Londres) págs. 4 y 5 primavera de 2002.

Incluye un análisis de la función de la Asociación Internacional de Especialistas en Casos de Insolvencia en la preparación de los proyectos de instrumento de la CNUDMI sobre la insolvencia y las garantías reales.

Incorporating the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in India. E*n* Report of the Advisory Group on Bankruptcy Laws. Bombay, Reserve Bank of India, mayo de 2001. (vol. 1)

Lee, P.L. Ancillary proceedings under section 304 and proposed chapter 15 of the Bankruptcy Code. *American bankruptcy law journal* (Lexington, Carolina del Sur.) 76:2:115 a 202, 2002.

Leonard, B. Co-ordinating cross -border insolvency cases. En Second Annual International Insolvency Conference, Facultad de Derecho de la Universidad Fordham, Nueva York, 10 y 11 de junio de 2002. Fairfax, Virginia, International Insolvency Institute, 2002.

CD-ROM.

Levenson, D.C. Proposal for reform of choice of avoidance law in the context of international bankruptcies from a U.S. perspective. *American Bankruptcy Institute law review* (Jamaica, Nueva York) 10:291 a 361, 2002.

Mitra, N.L. *y* Ali, F. Cross-border insolvency in India. *En* Report of the Advisory Group on Bankruptcy Laws. Bombay, Reserve Bank of India, mayo de 2001. (vol. 2).

Contiene un apéndice en el que se comparan artículos de la Ley Modelo con las disposiciones correspondientes del derecho indio.

Murphy, P.J. Why won't the leaders lead? The need for national governments to replace academics and practitioners in the effort to reform the muddled world of international insolvency. *University of Miami inter- American law review*. (Coral Gables, Florida) 34:1:121 a 153, 2002.

Second Annual International Insolvency Conference, Facultad de Derecho de la Universidad Fordham, Nueva York, 10 y 11 de junio de 2002. Fairfax, Virginia, International Insolvency Institute, 2002.

CD- ROM. Se reproducen varios textos de la CNUDMI.

Smith, A. Some aspects of comity and the protection of local creditors in cross-border insolvency law; South Africa and the United States compared. *South Africa mercantile law journal* (Lansdowne) 14:1:17 a 63, 2002.

_____ y Boraine, A. Crossing borders into South African insolvency law; from the Roman-Dutch jurists to the UNCITRAL Model Law. *American Bankruptcy Institute law review* (Jamaica, Nueva York) 10:135 a 215, 2002.

Westbrook, J.L. Multinational enterprises in general default; chapter 15, the ALI principles, and the EU insolvency regulation. *American bankruptcy law journal* (Lexington, Carolina del Sur.) 76:1 a 41, 2002.

_____. Setting global standards for cross-border insolvency. *International financial law review* (Londres) 21:9:9 a 11, 2002.

Wilcock, J. U.S. bankruptcy law reform. *INSOL world*. (Londres) págs. 6 y 7, primer trimestre de 2003.

Wynne, R.L. Practice tips; The UNCITRAL Model Rule on Cross-Border Insolvency. *Los Angeles lawyer* (Los Angeles) 22:24 a 30, 1999.

Ziegel, J.S. New and old challenges in approaching phase three amendments to Canada's commercial insolvency laws. *Canadian business law journal* (Aurora, Ontario) 37:1:75 a 118, 2002.

Contiene un apéndice sobre el Instituto de Insolvencia del Canadá y la Asociación Canadiense de Profesionales de la Insolvencia y la Reestructuración; propuestas de reforma.

X. Financiación por cesión de créditos

Association of the Bar of the City of New York, Committee on Foreign and Comparative Law. The Vienna Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. *The record* (Nueva York) 57:4:454 a 467, 2002.

Bazinas, S.V. Multi-jurisdictional receivables financing; UNCITRAL's impact on securitization and cross-border perfection. *Duke journal of comparative and international law* (Durham, Carolina del Norte) 12:365 a 387, 2002.

_____. UNCITRAL's contribution to the unification of receivables financing law; the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Roma) 7:49 a 67, 2002-2.

En las págs. 220 a 261 se reproducen las versiones francesa e inglesa de la Convención. La versión española se ha publicado en Contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho que rige la financiación mediante cesión de créditos; Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio international. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid, España) 21:88:181 a 205, 2002.

_____. La contribution de la CNUDCI à l'unification du droit du financement par cession de créances dans le commerce internactional. *Revue de droit bancaire et financier* (París) 4:1:70 a 77, 2003.

Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. Reproducción de la versión española de la Convención en *Derecho de los negocios* (Madrid) 147:128 a 141, 2002.

Danielewsky, M. *y* Lehmann, A. Die UNCITRAL-Konvention über internationale Forderungsabtretungen und ihre Auswirkungen auf Asset-Backed-Securities-Transaktionen. *Zeitschrift für Wirtschafts und Bankrecht* (Francfort) 57:5:221 a 230, 2003.

Deschamps, M. The priority rules of the United Nations Receivables Convention; a comment on Bazinas. *Duke journal of comparative and international law* (Durham, Carolina del Norte) 12:389 a 400, 2002.

Goode, R. The UNIDROIT Mobile Equipment Convention. E*n* Cross-border security and insolvency. *Editado por*: M. Bridge *y* R. Stevens, Nueva York, Oxford University Press, 2001. págs. 225 a 240.

Se analiza sucintamente la Convención sobre la cesión de créditos en el marco de los convenios del UNIDROIT sobre el facturaje internacional y sobre los bienes de equipo móvil.

Harper, E. W. International legal developments in review; 2001; admiralty and maritime law. *International lawyer* (Chicago) 36:393, 2002.

Ikeda, M. Proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internactional. NBL (*New business law)* (Tokio) 722:27 a 36, 2001.

Título y texto en japonés. El anexo contiene una traducción al japonés del proyecto de convención.

_____ y Kitazawa, A. Observaciones, basadas en los informes de la CNUDMI, sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internactional. *Hogaku kenkyu* (*Revista de derecho, política y sociología*) (Tokio) 75:7:1 a 24, 2002.

En japonés.

Kieninger, E.M. Verinheitlichung des Rechts der Forderungsabtretung; zur United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. *En* Raum und Recht; Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät. *Editado por* H. Dreier, H. Forkel, K. Laubenthal, comp. Berlín, Duncker & Humblot, 2002. págs. 297 a 317.

Krupsi, J.A. Connecting security rights in receivables; a Canadian perspective on the Rome convention. *European review of private law* (Dordrecht, Alemania) 10:6:739 a 760, 2002.

Kuhn, H. Materielle Rechtsvereinheitlichung und IPR; das internationale Zessionsrecht im UNCITRAL-Übereinkommen über die Forderungsabtretung. *En* Festschrift für Prof. Dr. Kurt Siehr zum 65. Geburtstag. *Editado por* P. J. Weber, M. Weber, R. Seitz, *y* H. R. Künzle, comp. Zürich, Schulthess, 2001. págs. 93 a 125.

_____. Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht. *Schweizerische Zeitschrift für*

Wirtschaftsrecht/Revue suisse de droit affaires/Swiss review of business law (Zürich) 3:129 a 150, 2002.

Lukas, M. Chancen und Risken der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel des Zessionsrechts. *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000; Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung*. Stuttgart, Alemania, Richard Boorberg Verlag, 2000, págs. 21 a 41.

_____. Auf dem Weg zu einem internationalen Zessionsrecht? Bemerkungen zur "UNCITRAL Draft Convention on Assignment ..." aus österreichischer Sicht. *BankArchiv* (Viena) 48:501 a 518, 2000.

Markell, B.A. UNCITRAL's receivables convention; the first step but not the last; a comment on Bazinas. *Duke journal of comparative and international law* (Durham, Carolina del Norte.) 12:401 a 410, 2002.

Sanyal, S. The multi-modal debate. *Business line*. (Madrás, India), 7 de marzo de 2003.

Sigman, H.C. *y* Smith, E.E. Toward facilitating cross-border secured financing and securitization; an analysis of the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. *Business lawyer* (Chicago) 57:727, 2002.

Trager, M.E. Towards a predictable law on international receivables financing; the UNCITRAL convention. *New York University journal of international law and politics* (Nueva York) 31:611 a 643, 1999.

XI. Contratos internacionales de construcción

[*No hay ninguna publicación registrada sobre este tema*]

XII. Comercio compensatorio internacional

Esteban de la Rosa, G. El comercio internacional compensado; reglas y prácticas. *Derecho de los negocios* (Madrid) 147:37 a 50, 2002.

XIII. Proyectos de infraestructura con financiación privada

Faria, J.A.E. UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects. *Public procurement law review* (Londres) 4: NA89 a 92, 2002.

Organisation for Economic Cooperation and Development. Basic elements of a law on concession agreements. París, OECD Publications, 2002.

Se analiza la Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

XIV. Garantías reales

Fernández Arroyo, D.P. Las garantías mobiliarias en el derecho del comercio internacional de nuestros días. *Revista mexicana de derecho internacional privado*, (México D.F.). 10:11 a 58, noviembre de 2001.

Harmer, R. Train driving. *INSOL world; the newsletter of INSOL International* (Londres) págs. 4 y 5, primavera de 2002.

Se analiza la función de la Asociación Internacional de Especialistas en Casos de Insolvencia en la preparación de los proyectos de instrumento de la CNUDMI sobre la insolvencia y las garantías reales.

Ikeda, M. Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas. *NBL* (*New business law*) (Tokio) 748:19 a 24, 2002.

Título y texto en japonés.

Schwarcz, S.L. International securitization and structured finance; the universal language of international securitization. *Duke journal of comparative and international law* (Durham, Carolina del Norte.) 12:285 a 308, 2002.

Secured transactions under the Uniform Commercial Code and international commerce. Por L.F. Del Duca y otros. Cincinnati, Ohio, Anderson Publishing, 2002.

En el capítulo 6 se analiza la labor de la CNUDMI en materia de insolvencia transfronteriza y garantías reales.

Anexo

Textos jurídicos de la CNUDMI

Título abreviado	*Título completo*
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 Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)	Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)[b]
Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente (1995)	Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995)[c]
Convención sobre la Compraventa (1980)	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[d]
Convención sobre la Prescripción (1974/1980)	Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1974 (Nueva York)[e] y Protocolo de modificación de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1980 (Viena)[f]
Convenio sobre los Empresarios de Terminales (1991)	Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Transporte en el Comercio Internacional (1991)[g]
Guía para los Contratos de Construcción (1987)	Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales (1987)[h]
Guía sobre Comercio Compensatorio Internacional (1992)	Guía jurídica de la CNUDMI sobre operaciones de comercio compensatorio internacional (1992)[i]
Guía sobre Proyectos de Infraestructura (2001)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2001)[j]
Guía sobre Transferencias Electrónicas de Fondos (1986)	Guía jurídica de la CNUDMI sobre transferencias electrónicas de fondos[k]
Ley sobre Comercio Electrónico (1996)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)[l]

Ley sobre Transferencias de Crédito (1992)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito[m]
Ley Modelo del Arbitraje (1985)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)[n]
Ley Modelo de la Contratación Pública (1994)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994)[o]
Ley Modelo sobre Conciliación de la CNUDMI (2002)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)[p1]
Ley Modelo sobre Insolvencia (1997)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)[p2]
Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas de la CNUDMI (2001)	Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas de la CNUDMI (2001)[q]
Notas sobre el Proceso Arbitral (1996)	Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996)[r]
Reglamento de Arbitraje (1976)	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)[s]
Reglamento de Conciliación (1980)	Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)[t]
Reglas de Hamburgo (1978)	Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)[u]

Notas

[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] Anexo de la resolución 56/81 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[c] Anexo de la resolución 50/48 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1995.

[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.

[e] *Documentos Oficiales de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en la Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York, 20 de mayo a 14 de junio de 1974* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.74.V.8), parte I.

[f] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.81.IV.3), parte I.

[g] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional, Viena, 2 a 19 de abril de 1991* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.93.XI.3), parte I, documento A/CONF.152/13, anexo.

[h] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.87.V.10.

[i] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.93.V.7.

[j] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.01.V.4.

[k] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.87.V.9.

[l] *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.

[m] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/47/17), anexo I.

[n] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/40/17), anexo I.

[o] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

[p1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/57/17), anexo I; véase también el anexo de la resolución 57/18 de la Asamblea General, de 19 de noviembre de 2002.

[p2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/52/17), anexo I.

[q] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/56/17 y Corr. 2), anexo II; véase también el anexo de la resolución 56/80 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

Anexo de la resolución 56/80 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[r] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/51/17), parte II.

[s] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/31/17), párr. 57.

[t] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/35/17), párr. 106.

[u] *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.1), documento A/CONF.89/13, anexo I.

V. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*

A. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 35º período de sesiones

1. Serie de distribución general

A/CN.9/503	Programa provisional con anotaciones y calendario de sesiones del 35º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/504	Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 24º período de sesiones	Segunda parte, III, A
A/CN.9/505	Informe del Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada acerca de la labor de su cuarto período de sesiones	Segunda parte, II
A/CN.9/506	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 35º período de sesiones	Segunda parte, I, A
A/CN.9/507	Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 25º período de sesiones	Segunda parte, III, D
A/CN.9/508	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 36º período de sesiones	Segunda parte, I, D
A/CN.9/509	Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de su 39º período de sesiones	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/510	Informe del Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte acerca de la labor de su noveno período de sesiones	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/511 y Corr.1	Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 26º período de sesiones	Segunda parte, III, H
A/CN.9/512	Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su primer período de sesiones	Segunda parte, V, A
A/CN.9/513 y Add.1 y 2	Proyecto de ley modelo sobre conciliación comercial internacional: recopilación de observaciones enviadas por gobiernos y organizaciones internacionales	Segunda parte, I, G

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/514	Proyecto de guía para la promulgación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional	Segunda parte, I, H
A/CN.9/515	Nota de la Secretaría sobre formación y asistencia técnica	Segunda parte, IX
A/CN.9/516	Nota de la Secretaría sobre la situación de las convenciones y leyes modelo	Segunda parte, VIII
A/CN.9/517	Nota de la Secretaría con una bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI	Tercera parte, III
A/CN.9/518	Nota de la Secretaría relativa al informe sobre el cuarto Coloquio Judicial CNUDMI-INSOL sobre la Insolvencia Transfronteriza (2001)	Segunda parte, III, J
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/XXXV/CRP.1 y Add.1-22	Proyecto de informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 35º período de sesiones	
A/CN.9/XXXV/CRP.2	Proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional	
A/CN.9/XXXV/CRP.3	Nota de pie de página correspondiente al proyecto de artículo 1 del proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional	
A/CN.9/XXXV/CRP.4	Nota del Instituto para el Desarrollo del Derecho Internacional	
	3. Serie informativa	
A/CN.9/XXXV/INF.1	Lista de participantes	

B. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 35º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9//WG.II/WP.114	Programa provisional	
A/CN.9/WG.II/WP.115	Nota de la Secretaría relativa al arreglo de controversias comerciales: disposiciones legales modelo sobre la conciliación comercial internacional -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 35º período de sesiones	Segunda parte, I, B

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.II/WP.116	Nota de la Secretaría relativa al arreglo de controversias comerciales: proyecto de guía para la promulgación de la [Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional] de la CNUDMI -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 35º período de sesiones	Segunda parte, I, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.II/XXXV/CRP.1 y Add.1 a 10	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 35º período de sesiones	
A/CN.9/WG.II/XXXV/CRP.2 y Add.1 a 3	Informe del grupo de redacción: proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional	
A/CN.9/WG.II/XXXV/CRP.3	Proyecto de ley modelo sobre conciliación comercial internacional	
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.II/XXXV/INF.1/ Rev.1	Lista de participantes	

C. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 36º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9//WG.II/WP.117	Programa provisional	
A/CN.9/WG.II/WP.118	Nota de la Secretaría relativa al arreglo de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes en forma escrita para acuerdos de arbitraje -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 36º período de sesiones	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.II/WP.119	Nota de la Secretaría relativa a la solución de controversias comerciales: elaboración de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 36º período de sesiones	Segunda parte, I, F

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.II/XXXVI/CRP.1 y Add.1 a 8	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 36º período de sesiones	
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.II/XXXVI/INF.1	Lista de participantes	

D. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.V/WP.53	Programa provisional	
A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add.1 y 2	Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.55	Informe del Secretario General sobre enfoques alternativos de los procedimientos de insolvencia extrajudiciales -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones	Segunda parte, III, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.V/XXIV/CRP.1 y Add.1 a 13	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 24º período de sesiones	
A/CN.9/WG.V/XXIV/CRP.2 a 5	Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.V/XXIV/INF.1	Lista de participantes	

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*

E. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.V/WP.56	Programa provisional	
A/CN.9/WG.V/WP.57	Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia -documento presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones	Segunda parte, III, E
A/CN.9/WG.V/WP.58	Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones	Segunda parte, III, F
A/CN.9/WG.V/WP.59	Documento de trabajo relativo a los procedimientos oficiosos de insolvencia alternativos: observaciones de la Commercial Finance Association, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 25º período de sesiones	Segunda parte, III, G

2. Serie de distribución reservada

A/CN.9/WG.V/XXV/CRP.1 y Add.1 a 14	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 25º período de sesiones	
A/CN.9/WG.V/XXV/CRP.2 a 6	Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	

3. Serie informativa

A/CN.9/WG.V/XXV/INF.1/ Rev.1	Lista de participantes	

F. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 26º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.V/WP.60	Programa provisional	

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1 y 2	Nota de la Secretaría relativa al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 26º período de sesiones	Segunda parte, III, I
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.V/XXVI/CRP.1 y Add.1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 26º período de sesiones	
A/CN.9/WG.V/XXVI/CRP.2	Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.V/XXVI/INF.1	Lista de participantes	

G. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.IV/WP.92	Programa provisional	
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico: los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales que rigen el comercio internacional -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico; contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Nota de la Secretaría relativa a los aspectos jurídicos del comercio electrónico; contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención -observaciones de la Cámara de Comercio Internacional -documento presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 39º período de sesiones	Segunda parte, IV, D

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.IV/XXXIX/CRP.1 y Add.1 a 7	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 39º período de sesiones	
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.IV/XXXIX/INF.1	Lista de participantes	

H. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add. 1 a 12	Informe del Secretario General relativo al proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Informe del Secretario General relativo al Coloquio Internacional CNUDMI-Commercial Finance Association (CFA) sobre las operaciones garantizadas -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones	Segunda parte, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Nota de la Secretaría relativa al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: observaciones del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su primer período de sesiones	Segunda parte, V, D
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.VI/I/CRP.1 y Add.1 a 6	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su primer período de sesiones	
A/CN.9/WG.VI/I/CRP.2	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.VI/I/INF.1	Lista de participantes	

I. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su noveno período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.III/WP.21	Nota de la Secretaría relativa al anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su noveno período de sesiones	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/WG.III/WP.21/Add. 1	Nota de la Secretaría relativa al anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías: observaciones de la Comisión Económica para Europa y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo -documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su noveno período de sesiones	Segunda parte, VI, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.III/IX/CRP.1 y Add.1 a 5	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte acerca de la labor de su noveno período de sesiones	
	3. Serie Informativa	
A/CN.9/WG.III/IX/INF.1	Lista de participantes	

VI. 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 CNUDMI; los documentos no incluidos en la lista no fueron reproducidos en el *Anuario*. Los documentos están clasificados con arreglo a las siguientes categorías:

1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones anuales
2. Resoluciones de la Asamblea General
3. Informes de la Sexta Comisión
4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los Grupos de Trabajo)
6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo:
   - *a)* Grupo de Trabajo I: Los plazos y la prescripción (1969 a 1971); Proyectos de infraestructura con financiación privada (desde 2001);
   - *b)* Grupo de Trabajo II: Compraventa internacional de mercaderías (1968 a 1978); prácticas contractuales internacionales (1981-2000); arbitraje comercial internacional (desde 2000);
   - *c)* Grupo de Trabajo III: Reglamentación internacional del transporte marítimo (1973 a 1974); derecho del transporte (desde 2002)[a];
   - *d)* Grupo de Trabajo IV: Títulos negociables internacionales (1973 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 (1991-1994); insolvencia transfronteriza (1996 a 1999); régimen de la insolvencia (desde 1999)[b];
   - *f)* Grupo de Trabajo VI: Garantías reales (desde 2002)[a]
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

---

[a] En su 35º período de sesiones, la Comisión introdujo períodos de sesiones de una semana de duración, creando seis de los tres grupos de trabajo activos.

[b] Para el 23º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de diciembre de 2000) este Grupo de Trabajo recibió el nombre de Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales (véase el informe de la Comisión sobre su 35º período de sesiones, A/55/17, párr. 186).

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones			
A/7216 (primer período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, A	71
A/7618 (segundo período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, A	94
A/8017 (tercer período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, III, A	129
A/8417 (cuarto período de sesiones)	Volumen II: 1971	Primera parte, II, A	9
A/8717 (quinto período de sesiones)	Volumen III: 1972	Primera parte, II, A	9
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	9
A/32/17 (décimo período de sesiones)	Volumen VIII: 1977	Primera parte, II, A	11
A/33/17 (11º período de sesiones)	Volumen IX: 1978	Primera parte, II, A	11
A/34/17 (12º período de sesiones)	Volumen X: 1979	Primera parte, II, A	11
A/35/17 (13º período de sesiones)	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, A	7
A/36/17 (14º período de sesiones)	Volumen XII: 1981	Primera parte, A	3
A/37/17 y Corr.1 (15º período de sesiones)	Volumen XIII: 1982	Primera parte, A	3
A/38/17 (16º período de sesiones)	Volumen XIV: 1983	Primera parte, A	3
A/39/17 (17º período de sesiones)	Volumen XV: 1984	Primera parte, A	3
A/40/17 (18º período de sesiones)	Volumen XVI: 1985	Primera part3, A	3
A/41/17 (19º período de sesiones)	Volumen XVII: 1986	Primera parte, A	3
A/42/17 (20º período de sesiones)	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, A	3
A/43/17 (21º período de sesiones)	Volumen XIX: 1988	Primera parte, A	3
A/44/17 (22º período de sesiones)	Volumen XX: 1989	Primera parte, A	3
A/45/17 (23º período de sesiones)	Volumen XXI: 1990	Primera parte, A	3
A/46/17 (24º período de sesiones)	Volumen XXII: 1991	Primera parte, A	3
A/47/17 (25º período de sesiones)	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, A	3
A/48/17 (26º período de sesiones)	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, A	3
A/49/17 (27º período de sesiones)	Volumen XXV: 1994	Primera parte, A	3
A/50/17 (28º período de sesiones)	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, A	3
A/51/17 (29º período de sesiones)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, A	3
A/52/17 (30º período de sesiones)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, A	3
A/53/17 (31º período de sesiones)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, A	3
A/54/17 (32º período de sesiones)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, A	3
A/55/17 (33º período de sesiones)	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, A	3
A/56/17 (34º período de sesiones)	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, A	–

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
	2. Resoluciones de la Asamblea General		
2102 (XX)	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, A	18
2205 (XXI)	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, E	65
2421 (XXIII)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, B, 3	92
2502 (XXIV)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, B, 3	127
2635 (XXV)	Volumen II: 1971	Primera parte, I, C	7
2766 (XXVI)	Volumen III: 1972	Primera parte, I, C	7
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	10
3108 (XXVIII)	Volumen V: 1974	Primera parte, I, C	10
3316 (XXIX)	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, C	6
3317 (XXIX)	Volumen VI: 1975	Tercera parte, I, B	297
3494 (XXX)	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, C	7
31/98	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, C	7
31/99	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, C	7
31/100	Volumen XIII: 1977	Primera parte, I, C	7
32/145	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, C	8
32/438	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, C	8
33/92	Volumen X: 1979	Primera parte, I, B	8
33/93	Volumen X: 1979	Primera parte, I, C	8
34/143	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, C	4
34/150	Volumen XI: 1980	Tercera parte, III	166
35/166	Volumen XI: 1980	Tercera parte, III	166
35/51	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, D	31
35/52	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, D	31
36/32	Volumen XII: 1981	Primera parte, D	20
36/107	Volumen XII: 1981	Tercera parte, I	269
36/111	Volumen XII: 1981	Tercera parte, II	270
37/103	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, III	425
37/106	Volumen XIII: 1982	Primera parte, D	21
37/107	Volumen XIII: 1982	Primera parte, D	21
38/128	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, III	275
38/134	Volumen XIV: 1983	Primera parte, D	21
38/135	Volumen XIV: 1983	Primera parte, D	21
39/82	Volumen XV: 1984	Primera parte, D	23
40/71	Volumen XVI: 1985	Primera parte, D	47

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
40/72	Volumen XVI: 1985	Primera parte, D	47
41/77	Volumen XVII: 1986	Primera parte, D	37
42/152	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, D	41
42/153	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, E	43
43/165 y anexo	Volumen XIX: 1988	Primera parte, D	19
43/166	Volumen XIX: 1988	Primera parte, E	20
44/33	Volumen XX: 1989	Primera parte, E	37
45/42	Volumen XXI: 1990	Primera parte, D	18
46/56	Volumen XXII: 1991	Primera parte, D	47
47/34	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, D	25
48/32	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D	39
48/33	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D	40
48/34	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D	40
49/54	Volumen XXV: 1994	Primera parte, D	32
49/55	Volumen XXV: 1994	Primera parte, D	32
50/47	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, D	57
50/48	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, D	40
51/161	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, D	
51/162	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, D	40
52/157	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, D	40
52/158	Volumen XXVIIII: 1997	Primera parte, D	40
53/103	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, D	32
54/103	Volumen XXX: 1999	Primera parte, D	50
55/151	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, D	68
56/79	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, D	–
56/80	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D	–
56/81	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D	–

3. Informes 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	18
A/6594	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, D	658
A/7408	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, B, 2	121
A/7747	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, B, 2	3
A/8146	Volumen II: 1971	Primera parte, I, B	3
A/8506	Volumen III: 1972	Primera parte, I, B	3

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/8896	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, B	3
A/9408	Volumen V: 1974	Primera parte, I, B	3
A/9920	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, B	3
A/9711	Volumen VI: 1975	Tercera parte, I, A	297
A/10420	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, B	3
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	30
A/36/669	Volumen XII: 1981	Primera parte, C	20
A/37/620	Volumen XIII: 1982	Primera parte, C	20
A/38/667	Volumen XIV: 1983	Primera parte, C	20
A/39/698	Volumen XV: 1984	Primera parte, C	22
A/40/935	Volumen XVI: 1985	Primera parte, C	46
A/41/861	Volumen XVII: 1986	Primera parte, C	37
A/42/836	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, C	40
A/43/820	Volumen XIX: 1988	Primera parte, C	18
A/C.6/43/L.2	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, II, A	187
A/43/405 y Add. 1-3	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, II, B	188
A/44/453 y Add.1	Volumen XX: 1989	Primera parte, C	34
A/44/723	Volumen XX: 1989	Primera parte, D	36
A/45/736	Volumen XXI: 1990	Primera parte, C	18
A/46/688	Volumen XXII: 1991	Primera parte, C	46
A/47/586	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, C	25
A/48/613	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, C	38
A/49/739	Volumen XXV: 1994	Primera parte, C	31
A/50/640	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, C	57
A/51/628	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, C	39
A/52/649	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, C	40
A/53/632	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, C	31
A/54/611	Volumen XXX: 1999	Primera parte, C	50
A/55/608	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, C	67

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	86

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/7616	Volumen I: 1968-970	Segunda parte, II, B, 1	121
A/8015/Rev.1	Volumen II: 1971	Primera parte, I, A	3
TD/B/C.4/86	Volumen II: 1971	Segunda parte, IV	137
A/8415/Rev.1	Volumen III: 1972	Primera parte, I,	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	3
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	30
A/36/15/Vol.II	Volumen XII: 1981	Primera parte, B	19
TD/B/930	Volumen XIII: 1982	Primera parte, B	20
TD/B/973	Volumen XIV: 1983	Primera parte, B	20
TD/B/1026	Volumen XV: 1984	Primera parte, B	22
TD/B/1077	Volumen XVI: 1985	Primera parte, B	46
TD/B/L.810/Add.9	Volumen XVII: 1986	Primera parte, B	36
A/42/15	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, B	40
TD/B/1193	Volumen XIX: 1988	Primera parte, B	18
TD/B/1234/Vol.II	Volumen XX: 1989	Primera parte, B	33
TD/B/1277/Vol.II	Volumen XXI: 1990	Primera parte, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volumen XXII: 1991	Primera parte, B	46
TD/B/39(1)/15	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, B	24
TD/B/40(1)/14 (Vol.I)	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, B	37
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volumen XXV: 1994	Primera parte, B	31
TD/B/42(1)/19 (Vol.I)	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, B	56
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, B	38
TD/B/44/19 (Vol.I)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, B	39
TD/B/45/13 (Vol.I)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, B	31
TD/B/46/15 (Vol.I)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, B	50
TD/B/47/11 (Vol.I)	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, B	67
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, B	–

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*

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	5
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	256
A/CN.9/18	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, C, 1	207
A/CN.9/19	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, III, A, 1	239
A/CN.9/21 y Corr.1	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, IV, A	260
A/CN.9/30	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, D	218
A/CN.9/31	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, A, 1	159
A/CN.9/33	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, B	202
A/CN.9/34	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, C, 2	216
A/CN.9/35	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A, 2	176
A/CN.9/38	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte	243
A/CN.9/L.19	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, V, A	285
A/CN.9/38/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte, II, 1	113
A/CN.9/41	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A	233
A/CN.9/48	Volumen II: 1971	Segunda parte, II, 2	114
A/CN.9/50	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, C, 2	87
A/CN.9/52	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, A, 2	50
A/CN.9/54	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, B, 1	66
A/CN.9/55	Volumen II: 1971	Segunda parte, III	133
A/CN.9/60	Volumen II: 1971	Segunda parte, IV	139
A/CN.9/62 y Add.1 y 2	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A,5	77
A/CN.9/63 y Add.1	Volumen III: 1972	Segunda parte, IV	251
A/CN.9/64	Volumen III: 1972	Segunda parte, III	193
A/CN.9/67	Volumen III: 1972	Segunda parte, II, 1	145
A/CN.9/70 y Add.2	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, B, 1	96
A/CN.9/73	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, B, 3	115
A/CN.9/74	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 1	137
A/CN.9/75	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 3	61
A/CN.9/76 y Add.1	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 5 y 4	159, 200
A/CN.9/77	Volumen IV: 1973	Segunda parte, II, 1	101
A/CN.9/78	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, B	80
A/CN.9/79	Volumen IV: 1973	Segunda parte, III, 1	129
A/CN.9/82	Volumen IV: 1973	Segunda parte, V	217

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/86	Volumen V: 1974	Segunda parte, II, 1	97
A/CN.9/87	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 1	29
A/CN.9/87	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 2-5	51
A/CN.9/88 y Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, III, 1 y 2	113
A/CN.9/91	Volumen V: 1974	Segunda parte, IV	191
A/CN.9/94 y Add. 1 y 2	Volumen V: 1974	Segunda parte, V	195
A/CN.9/96 y Add.1	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 1 y 2	187
A/CN.9/97 y Add.1 a 4	Volumen VI: 1975	Segunda parte, III	163
A/CN.9/98	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 6	114
A/CN.9/99	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 1	121
A/CN.9/100	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 1-5	49
A/CN.9/101 y Add.1	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 3 y 4	137
A/CN.9/102	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 5	159
A/CN.9/103	Volumen VI: 1975	Segunda parte, V	255
A/CN.9/104	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VI	273
A/CN.9/105	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 3	222
A/CN.9/105	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 4	246
A/CN.9/106	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VIII	283
A/CN.9/107	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VII	279
A/CN.9/109 y Add.1 y 2	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 1-3	193
A/CN.9/110	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 4	263
A/CN.9/112 y Add.1	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 1-2	157
A/CN.9/113	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 3	181
A/CN.9/114	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 4	190
A/CN.9/115	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 5	299
A/CN.9/116	Volumen VII: 1976	Segunda parte, I, 1-3	87
A/CN.9/117	Volumen VII: 1976	Segunda parte, II, 1	143
A/CN.9/119	Volumen VII: 1976	Segunda parte, VI	305
A/CN.9/121	Volumen VII: 1976	Segunda parte, V	303
A/CN.9/125 y Add.1 a 3	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, D	109
A/CN.9/126	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, E	142
A/CN.9/127	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, III	233
A/CN.9/128	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, A-C	73
A/CN.9/129 y Add.1	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, VI, A y B	291
A/CN.9/131	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, II, A	171
A/CN.9/132	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, II, B	222
A/CN.9/133	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, IV, A	235

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/135	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, F	164
A/CN.9/137	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, V	289
A/CN.9/139	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, IV, B	269
A/CN.9/141	Volumen IX: 1978	Segunda parte, II, A	147
A/CN.9/142	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, A	61
A/CN.9/143	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, C	105
A/CN.9/144	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, D	106
A/CN.9/145	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, E	121
A/CN.9/146 y Add.1 a 4	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, F	127
A/CN.9/147	Volumen IX: 1978	Segunda parte, II, B	160
A/CN.9/148	Volumen IX: 1978	Segunda parte, III	179
A/CN.9/149 y Corr.1 y 2	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, A	181
A/CN.9/151	Volumen IX: 1978	Segunda parte, V	197
A/CN.9/155	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, B	195
A/CN.9/156	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, C	196
A/CN.9/157	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, A	61
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	78
A/CN.9/164	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, D	48
A/CN.9/165	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, C	81
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	100
A/CN.9/169	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, D	108
A/CN.9/170	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, E	109
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	117
A/CN.9/177	Volumen XI: 1980	Segunda parte, II	39
A/CN.9/178	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, A	43
A/CN.9/179	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, A	97
A/CN.9/180	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, B	100
A/CN.9/181	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, B, C	53
A/CN.9/183	Volumen XI: 1980	Segunda parte, I	37

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/186	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, D	89
A/CN.9/187 y Add.1 a 3	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, C	108
A/CN.9/189	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, D	114
A/CN.9/191	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, B	121
A/CN.9/192 y Add.1 y 2	Volumen XI: 1980	Segunda parte, VI	137
A/CN.9/193	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, C	135
A/CN.9/194	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, D	136
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	93
A/CN.9/199	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, B	70
A/CN.9/200	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, C	70
A/CN.9/201	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, C	46
A/CN.9/202 y Add.1 a 4	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, A	191
A/CN.9/203	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, B	237
A/CN.9/204	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VIII	263
A/CN.9/205/Rev.1	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VI	257
A/CN.9/206	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VII	259
A/CN.9/207	Volumen XII: 1981	Segunda parte, III	75
A/CN.9/208	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, C	255
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	109
A/CN.9/212	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 5	186
A/CN.9/213	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 4	122
A/CN.9/214	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 6	197
A/CN.9/215	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 1	252
A/CN.9/216	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, A	287
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	34
A/CN.9/220	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 3	270
A/CN.9/221	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, C	272
A/CN.9/222	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, C	311
A/CN.9/223	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 7	251
A/CN.9/224	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, V	391
A/CN.9/225	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, B	399
A/CN.9/226	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, A	397

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/227	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VII	413
A/CN.9/228	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VIII	415
A/CN.9/229	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, C	409
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	95
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 a 3	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, B	134
A/CN.9/238	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, D	174
A/CN.9/239	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, A	132
A/CN.9/240	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, VII	192
A/CN.9/241	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, VI	189
A/CN.9/242	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, II	32
A/CN.9/245	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 1	155
A/CN.9/246	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 1 y 2	189
A/CN.9/247	Volumen XV: 1984	Segunda parte, III, A	235
A/CN.9/248	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, A, 1	27
A/CN.9/249 y Add.1	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, A, 2	106
A/CN.9/250 y Add.1 a 4	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, B	115
A/CN.9/251	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, B	315
A/CN.9/252	Volumen XV: 1984	Segunda parte, IV, A y B	287
A/CN.9/253	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, C	324
A/CN.9/254	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, D	328
A/CN.9/255	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, A	313
A/CN.9/256	Volumen XV: 1984	Segunda parte, VII	335
A/CN.9/257	Volumen XV: 1984	Segunda parte, VI	333
A/CN.9/259	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, A, 1	199
A/CN.9/260	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, A	327
A/CN.9/261	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, II, A	143
A/CN.9/262	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, B, 1	250
A/CN.9/263 y Add.1 a 3	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, I, A	53
A/CN.9/264	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, I, B	104
A/CN.9/265	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, V	351
A/CN.9/266 y Add.1 y 2	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, II, B	152
A/CN.9/267	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IX	387
A/CN.9/268	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, C	325

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/269	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VI	367
A/CN.9/270	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VIII	385
A/CN.9/271	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VII	381
A/CN.9/273	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 1	41
A/CN.9/274	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 2	58
A/CN.9/275	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, A	179
A/CN.9/276	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, A	85
A/CN.9/277	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, C	165
A/CN.9/278	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, B	81
A/CN.9/279	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, V	237
A/CN.9/280	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, IV	221
A/CN.9/281	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VI	251
A/CN.9/282	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VIII	297
A/CN.9/283	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VII	291
A/CN.9/285	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 4	78
A/CN.9/287	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, III, A	111
A/CN.9/288	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 1	47
A/CN.9/289	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 1	101
A/CN.9/290	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 4	107
A/CN.9/291	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, B	108
A/CN.9/292	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, IV	135
A/CN.9/293	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, VI	145
A/CN.9/294	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, V	139
A/CN.9/297	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, II, A	63
A/CN.9/299	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, X, B	165
A/CN.9/300	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, X, A	163
A/CN.9/301	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, B	46
A/CN.9/302	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, III	87
A/CN.9/303	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, IX	149
A/CN.9/304	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, A	125
A/CN.9/305	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, B	130
A/CN.9/306	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, IV	103
A/CN.9/307	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, V, A	109
A/CN.9/308	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, V, B	113
A/CN.9/309	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VI	117
A/CN.9/310	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, D	140

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/311	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VIII	143
A/CN.9/312	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, C	136
A/CN.9/315	Volumen XX: 1989	Segunda parte, II, A	103
A/CN.9/316	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, A	183
A/CN.9/317	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, A	41
A/CN.9/318	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, C	69
A/CN.9/319 y Add.1 a 5	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, A	151
A/CN.9/320	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, B	176
A/CN.9/321	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, C	181
A/CN.9/322	Volumen XX: 1989	Segunda parte, V	207
A/CN.9/323	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VIII	249
A/CN.9/324	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VI	217
A/CN.9/325	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VII	243
A/CN.9/328	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, A	23
A/CN.9/329	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, D	70
A/CN.9/330	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, A	227
A/CN.9/331	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II	117
A/CN.9/332 y Add.1 a 7	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, III	185
A/CN.9/333	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, V	253
A/CN.9/334	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VI	267
A/CN.9/335	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IX	297
A/CN.9/336	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VII	269
A/CN.9/337	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VIII	291
A/CN.9/338	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, X	301
A/CN.9/341	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, C	144
A/CN.9/342	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, A	311
A/CN.9/343	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, A	261
A/CN.9/344	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, E	195
A/CN.9/345	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, C	340
A/CN.9/346	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, A	51
A/CN.9/347 y Add.1	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, B	102
A/CN.9/348	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V, B	399
A/CN.9/349	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VIII	447
A/CN.9/350	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, IV	381
A/CN.9/351	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VII	443
A/CN.9/352	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V, A	399
A/CN.9/353	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VI	435

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/356	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, A	197
A/CN.9/357	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, A	37
A/CN.9/358	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, A	291
A/CN.9/359	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, C	247
A/CN.9/360	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, V, A	347
A/CN.9/361	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, C	327
A/CN.9/362 y Add.1 a 17	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, C	91
A/CN.9/363	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VIII	395
A/CN.9/364	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VI, A	383
A/CN.9/367	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, I, A	29
A/CN.9/368	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VII	387
A/CN.9/371	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, A	43
A/CN.9/372	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, A	139
A/CN.9/373	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, III, A	199
A/CN.9/374 y Corr.1	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, C	175
A/CN.9/375	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, C	102
A/CN.9/376 y Add.1 y 2	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, D	120
A/CN.9/377	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, E	136
A/CN.9/378 y Add.1 a 5	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, IV, A a F	227
A/CN.9/379	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, VII	293
A/CN.9/380	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, V	261
A/CN.9/381	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, VI	285
A/CN.9/384	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VI, A	245
A/CN.9/385	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VII	257
A/CN.9/386	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VI, B	251
A/CN.9/387	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, A	141
A/CN.9/388	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, A	113
A/CN.9/389	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, A	37
A/CN.9/390	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, C	186
A/CN.9/391	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, C	133
A/CN.9/392	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, C	59
A/CN.9/393	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, II	321
A/CN.9/394	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, E	108
A/CN.9/395	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VIII	263
A/CN.9/396 y Add.1	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, IV	211
A/CN.9/397	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, A	229
A/CN.9/398	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, B	239

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/399	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, C	242
A/CN.9/400	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, X	299
A/CN.9/401	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, IX, A	287
A/CN.9/401/Add.1	Volumen XXV: 1994	Segunda parte IX, B	294
A/CN.9/403	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, II	323
A/CN.9/405	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, A	67
A/CN.9/406	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, A	111
A/CN.9/407	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, C	141
A/CN.9/408	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, C	91
A/CN.9/409 y Add.1 a 4	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, E	177
A/CN.9/410	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, III	195
A/CN.9/411	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, D	108
A/CN.9/412	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, C	217
A/CN.9/413	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, A	207
A/CN.9/414	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, B	210
A/CN.9/415	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, VI	237
A/CN.9/416	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, V	229
A/CN.9/419 y Corr.1 (sólo en inglés)	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, A	113
A/CN.9/420	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, IV	181
A/CN.9/421	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, A	59
A/CN.9/422	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, C	148
A/CN.9/423	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, I, A	45
A/CN.9/424	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, V	207
A/CN.9/425	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, I, B	56
A/CN.9/426	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, C	95
A/CN.9/427	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, VII	229
A/CN.9/428	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, VI	221
A/CN.9/431	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, V	289
A/CN.9/432	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, A	121
A/CN.9/433	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, A	45
A/CN.9/434	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, C	169
A/CN.9/435	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, C	72
A/CN.9/436	Volumen XXVIII 1997	Segunda parte, I, E	107
A/CN.9/437	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, A	219
A/CN.9/438 y Add.1 a 3	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, IV	259
A/CN.9/439	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, VIII	299
A/CN.9/440	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, VII	297

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/444 y Add.1 a 5	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, III	183
A/CN.9/445	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, A	37
A/CN.9/446	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, A	131
A/CN.9/447	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, C	88
A/CN.9/448	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, VI	253
A/CN.9/449	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, V	251
A/CN.9/450	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, D	180
A/CN.9/454	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, II, A	165
A/CN.9/455	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, A	55
A/CN.9/456	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I ,E	107
A/CN.9/457	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, II, D	210
A/CN.9/458 y Add.1 a 9	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, III	247
A/CN.9/459 y Add.1	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, IV	375
A/CN.9/460	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, V	395
A/CN.9/461	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, IX	423
A/CN.9/462	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, VIII	421
A/CN.9/462/Add.1	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, VI	415
A/CN.9/465	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, A	399
A/CN.9/466	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, A	201
A/CN.9/467	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, C	447
A/CN.9/468	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IV, A	503
A/CN.9/469	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, A	543
A/CN.9/470	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, E	302
A/CN.9/471 y Add.1 a 9	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I	73
A/CN.9/472 y Add.1 a 4	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, F	361
A/CN.9/473	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IX	665
A/CN.9/474	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VIII	663
A/CN.9/475	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, C	585
A/CN.9/476	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, D	599
A/CN.9/477	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, A	607
A/CN.9/478	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, B	623
A/CN.9/479	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, C	628
A/CN.9/483	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, A	–
A/CN.9/484	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, C	–
A/CN.9/485 y Corr.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, A	–
A/CN.9/486	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, A	–
A/CN.9/487	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, D	–

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/488	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, A	–
A/CN.9/489 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, B	–
A/CN.9/490 y Add.1 a 5	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, C	–
A/CN.9/491 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, D	–
A/CN.9/492 y Add.1 a 3	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, I	–
A/CN.9/493	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, J	–
A/CN.9/494	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VIII	–
A/CN.9/495	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IV	–
A/CN.9/496	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, B	–
A/CN.9/497	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, C	–
A/CN.9/498	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VI	–
A/CN.9/499	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IX, B	–
A/CN.9/500	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IX, A	–
A/CN.9/501	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VII	–

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	74

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	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, A, 1	37
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 2	41
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 3	54
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 4	69
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	36
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 3	60
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 4	88

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.2/WP.21 y Add.1 y 2	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 3	70
A/CN.9/WG.2/WP.26 y Add.1	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, C	90
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, B	85
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, B	85
	ii) Prácticas contractuales internacionales		
A/CN.9/WG.II/WP.33 y Add.1	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, B, 1 y 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
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	78
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 2	85
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 3	91
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, a	179
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, b	183
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, c	187
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, a	218
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, b	227
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, c	230
A/CN.9/WG.II/WP.52 y Add.1	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, B, 1	340
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, B, 3	347
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, B, 1	193
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, B, 2	207
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, III, B	127
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, II, B	79
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, B, 1	200
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, B, 2	203
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, B	238
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, B, 1	324
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, B, 2	330
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, D, 1	352
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, D, 2	371
A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, B	313
A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, B, 1	155
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, B, 2	168
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, B	129

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, B	86
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, B	152
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 1	200
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 2	212
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 3	216
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, B	66
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, D	109
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, B	82
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, C	100
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, D	106
A/CN.9/WG.II/WP. 102	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, F	145
A/CN.9/WG.II/WP. 104	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, B	239
A/CN.9/WG.II/WP. 105	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, C	264
A/CN.9/WG.II/WP. 106	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, D	281
A/CN.9/WG.II/WP. 108 y Add.1	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IV, B	519
A/CN.9/WG.II/WP. 110	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, B	–
A/CN.9/WG.II/WP. 111	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, C	–

c) Grupo de Trabajo III: Reglamentación internacional del transporte marítimo

A/CN.9/WG.III/WP.6	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 2	146
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 2	155
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volumen V: 1974	Segunda parte, III, 3	165

d) Grupo de Trabajo IV

i) Títulos negociables internacionales

A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volumen IV: 1973	Segunda parte, II, 2	117
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 2	136
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2	72
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2	77
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2	80
A/CN.9/WG.IV/WP.24 y Add.1 y 2	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2	81
A/CN.9/WG.IV/WP.25 y Add.1	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2	98
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 2	262
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 3	72

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.IV/WP.32 y Add. 1 a 10	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 2	66
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 3	99
	ii) Pagos internacionales		
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, A, 2	35
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, B	56
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, D	88
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, B	42
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, C	60
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, E	90
A/CN.9/WG.IV/WP.46 y Corr.1	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, D, 1	162
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, D, 2	193
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, F	214
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, B	47
	iii) Comercio electrónico		
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, V, B	365
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, III, B	208
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, B, 1	173
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, B, 2	183
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, D	205
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, B	138
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 1	157
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 2	171
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 3	172
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 4	175
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, B	79
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, A	242
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, B	162
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, C	178
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, B	191
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, C	205
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, E	227
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, F	241
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, B	421

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, B	468
A/CN.9/WG.IV/WP.86 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, B	–
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, D	–
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, E	–
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, F	–
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, G	–
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, H	–

e) Grupo de Trabajo V: Nuevo orden económico internacional

A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1 a 8	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, B, 1	100
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, B, 2	189
A/CN.9/WG.V/WP.7 y Add.1 a 6	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, IV, B	326
A/CN.9/WG.V/WP.9 y Add.1 a 5	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, IV, B	99
A/CN.9/WG.V/WP.11 y Add.1 a 9	Volumen XV: 1984	Segunda parte, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 y Add.1 a 6	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, A, 2	215
A/CN.9/WG.V/WP.15 y Add.1 a 10	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, B, 2	269
A/CN.9/WG.V/WP.17 y Add.1 a 9	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, B	107
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 2	103
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 3	104
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volumen XX: 1989	Segunda parte, II, B	116
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, B	138
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, C	150
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, B, 1	283
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, B, 2	291
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, B, 1	221
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, B, 2	243
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, D, 2	273
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, D, 3	287
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, B	79
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, B	56
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, D	89

i) Insolvencia transfronteriza

A/CN.9/WG.V/WP.42	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, B	136
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, D	169

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, B	65
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, D	97
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, B	562

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	197
A/CN.9/SR.255-261	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, B, 1	202
A/CN.9/SR.270-278, 282 y 283	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, B, 2	229
A/CN.9/SR.286-299 y 301	Volumen XVI: 1984	Tercera parte, I	339
A/CN.9/SR.305-333	Volumen XVI: 1985	Tercera parte, II	399
A/CN.9/SR.335-353, 355 y 356	Volumen XVII: 1986	Tercera parte, II	317
A/CN.9/SR.378, 379, 381-385 y 388	Volumen XVIII: 1987	Tercera parte, III	165
A/CN.9/SR.402-421, 424 y 425	Volumen XX: 1989	Tercera parte, II	261
A/CN.9/SR.439-462 y 465	Volumen XXII: 1991	Tercera parte, II	459
A/CN.9/SR.467-476, 481 y 482	Volumen XXII: 1992	Tercera parte, III	419
A/CN.9/SR.494-513	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, III	343
A/CN.9/SR.520-540	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, III	347
A/CN.9/SR.547-579	Volumen XXVI: 1995	Tercera parte, III	253
A/CN.9/SR.583-606	Volumen XXVII: 1996	Tercera parte, III	253
A/CN.9/SR.607-631	Volumen XXVIII: 1997	Tercera parte, III	339
A/CN.9/SR.676-703	Volumen XXXI: 2000	Tercera parte, II	675
A/CN.9/SR.711-730	Volumen XXXII: 2001	Tercera parte, III	–

8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios

A/CONF.63/14 y Corr.1	Volumen V: 1974	Tercera parte, I, A	209
A/CONF.63/15	Volumen V: 1974	Tercera parte, I, B	210
A/CONF.63/17	Volumen X: 1979	Tercera parte, I	145
A/CONF.89/13	Volumen IX: 1978	Tercera parte, I, A-D	211
A/CONF.97/18	Volumen XI: 1980	Tercera parte, I, A-C	149
A/CONF.152/13	Volumen XXIII: 1992	Tercera parte, I	405

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*

9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión

	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte	299
A/CN.9/L.20/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte	143
	Volumen II: 1971	Segunda parte	148
	Volumen III:1972	Segunda parte	311
	Volumen IV: 1973	Segunda parte	229
A/CN.9/L.25	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, A	216
	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, B	242
	Volumen VI: 1975	Tercera parte, II, A	298
	Volumen VII: 1976	Tercera parte, A	321
	Volumen VIII: 1977	Tercera parte, A	311
	Volumen IX: 1978	Tercera parte, II	219
	Volumen X: 1979	Tercera parte, II	174
	Volumen XI: 1980	Tercera parte, IV	168
	Volumen XII: 1981	Tercera parte, III	271
	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, IV	426
	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, IV	276
	Volumen XV: 1984	Tercera parte, II	378
A/CN.9/284	Volumen XVI: 1985	Tercera parte, III	511
A/CN.9/295	Volumen XVII: 1986	Tercera parte, III	399
A/CN.9/313	Volumen XVIII: 1987	Tercera parte, III	191
A/CN.9/326	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, III	215
A/CN.9/339	Volumen XX: 1989	Tercera parte, III	343
A/CN.9/354	Volumen XXI: 1990	Tercera parte, I	305
A/CN.9/369	Volumen XXII: 1991	Tercera parte, VI	551
A/CN.9/382	Volumen XXIII: 1992	Tercera parte, V	469
A/CN.9/402	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, IV	415
A/CN.9/417	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, IV	421
A/CN.9/429	Volumen XXVI: 1995	Tercera parte, IV	375
A/CN.9/441 y Corr.1 (no 442)	Volumen XXVII: 1996	Tercera parte, IV	321
A/CN.9/452	Volumen XXVIII: 1997	Tercera parte, IV	419
A/CN.9/463	Volumen XXIX: 1998	Tercera parte, III	263
A/CN.9/481	Volumen XXX: 1999	Tercera parte, I	431
A/CN.9/502 y Corr.1	Volumen XXXI: 2000	Tercera parte, III	797
A/CN.9/517	Volumen XXXII: 2001	Tercera parte, IV	–