



COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
33º período de sesiones
Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000

FINANCIACIÓN POR CESIÓN DE CRÉDITOS

Comentario al proyecto de Convención sobre la cesión de créditos
[con fines de financiación] [en el comercio internacional]

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1-3	4
COMENTARIO ANALÍTICO	4-235	5
Título y preámbulo	4-12	5
CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN	13-54	8
Estructura del capítulo I	13	8
Artículo 1. Ámbito de aplicación	14-23	9
Artículo 2. Cesión de créditos	24-37	12
Artículo 3. Internacionalidad	38-40	17
Artículo 4. Exclusiones	41-49	18
Artículo 5. Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales ..	50-54	21
CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES	55-79	22
Artículo 6. Definiciones y reglas de interpretación	55-73	22
Artículo 7. Autonomía de las partes	74-75	28
Artículo 8. Principios de interpretación	76-79	29

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
CAPÍTULO III. EFECTOS DE LA CESIÓN	80-108	31
Forma de la cesión	80-82	31
Artículo 9. Eficacia de la cesión de créditos en bloque, de créditos futuros y de fracciones de créditos	83-95	32
Artículo 10. Momento de la cesión	96-97	35
Artículo 11. Limitaciones contractuales de la cesión	98-104	36
Artículo 12. Transferencia de los derechos de garantía	105-108	39
CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES	109-186	40
Sección I. Cedente y cesionario	109-127	40
Finalidad de la sección I	109	40
Artículo 13. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario	110-112	41
Artículo 14. Garantías implícitas del cedente	113-120	42
Artículo 15. Derecho a notificar al deudor	121-124	45
Artículo 16. Derecho al pago	125-127	47
Sección II. El deudor	128-160	48
Artículo 17. Principio de la protección del deudor	128-129	48
Artículo 18. Aviso al deudor	130-132	49
Artículo 19. Pago liberatorio del deudor	133-142	50
Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor	143-147	53
Artículo 21. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación	148-153	55
Artículo 22. Modificación del contrato de origen	154-158	57
Artículo 23. Reintegro de la suma pagada	159-160	59
Sección III. Otras partes	161-186	60
Estructura de la sección III	161	60
Artículo 24. Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes	162-178	60
Artículo 25. Orden público y derechos preferentes	179-182	65
Artículo 26. Régimen especial aplicable al producto	183-185	67
Artículo 27. Renuncia a la prelación	186	68
CAPÍTULO V. CONFLICTOS DE LEYES	187-199	69
Alcance y finalidad del capítulo V	187-189	69
Artículo 28. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario	190-193	70
Artículo 29. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor	194-196	71
Artículo 30. Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes	197	73
Artículo 31. Reglas imperativas	198	74
Artículo 32. Orden público	199	74

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
CAPÍTULO VI. CLÁUSULAS FINALES	200-223	75
Artículo 33. Depositario	200	75
Artículo 34. Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión	201	75
Artículo 35. Aplicación a las unidades territoriales	202	76
Artículo 36. Conflictos con otros acuerdos internacionales	203-211	76
Artículo 37. Aplicación del capítulo V	212	80
Artículo 38. Limitaciones relativas al Estado y a otras personas o entidades públicas	213-214	80
Artículo 39. Otras exclusiones	215	81
Artículo 40. Aplicación del anexo	216	82
Artículo 41. Efecto de las declaraciones	217-219	83
Artículo 42. Reservas	220	84
Artículo 43. Entrada en vigor	221	84
Artículo 44. Denuncia	222	85
Disposiciones finales adicionales	223	86
ANEXO	224-228	86
Sección I. Régimen de prelación basado en la inscripción	226-235	87
Artículo 1. Prelación entre varios cesionarios	226-227	87
Artículo 2. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente	228	87
Sección II. Registro	229-233	88
Artículo 3. Establecimiento de un sistema de registro	229-230	88
Artículo 4. Inscripción en un registro	231-232	88
Artículo 5. Consulta del registro	233	90
Sección III. Régimen de prelación basado en la fecha del contrato de cesión ...	234-235	90
Artículo 6. Orden de prelación entre varios cesionarios	234	90
Artículo 7. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente	235	91

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió, en su 28º período de sesiones, en 1995, confiar al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la tarea de preparar un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación¹. La Comisión tuvo ante sí, en ese período de sesiones, un informe del Secretario General titulado “La cesión en el financiamiento mediante efectos a cobrar: examen de un anteproyecto de régimen uniforme” (A/CN.9/412). Se acordó que el informe, donde se exponían las preocupaciones y las finalidades subyacentes a este proyecto y el posible contenido del régimen uniforme, proporcionaría una base útil para las deliberaciones del Grupo de Trabajo².
2. En su 24º período de sesiones, en noviembre de 1995, el Grupo de Trabajo inició su labor examinando el informe del Secretario General³. En sus períodos de sesiones 25º a 31º, el Grupo de Trabajo examinó proyectos de artículo revisados preparados por la Secretaría⁴ y, en sus períodos de sesiones 29º a 31º, aprobó el proyecto de convención, cuyo título exacto queda por determinar⁵. En su 31º período de sesiones, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí un comentario preliminar del proyecto de convención preparado por la Secretaría⁶. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó que la Secretaría finalizaría y distribuiría el comentario para ayudar a la Comisión a examinar y finalizar el proyecto de Convención en su 33º período de sesiones, que se celebraría en Nueva York, del 12 de junio al 7 de julio de 2000⁷.
3. La presente nota se ha preparado de conformidad con ese acuerdo del Grupo de Trabajo. Tiene por objeto proporcionar un resumen de las razones para aprobar cada disposición y de sus principales objetivos, junto con explicaciones e interpretaciones de términos particulares, sin dar sin embargo cuenta completa de los *travaux préparatoires* ni de todas las propuestas y disposiciones que no se recogieron. Para quienes busquen una información más completa sobre la historia de una disposición determinada, el comentario enumera las referencias a las partes pertinentes de los informes sobre los ocho períodos de sesiones del Grupo de Trabajo⁸. Después de finalizar el proyecto de Convención, tal vez desee la Comisión pedir a la Secretaría que prepare la versión definitiva del comentario, que serviría de guía jurídica no oficial y medio de interpretación.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/50/17)*, párrs. 374 a 381.

² *Ibíd*; párr. 379. En sus períodos de sesiones 26º y 27º, la Comisión examinó dos otros informes del Secretario General (A/CN.9/378/Add.3 y A/CN.9/397). Para el examen de esos informes por la Comisión, véase *Ibíd*; *cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/48/17)*, párrs. 297 a 301 y *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/49/17)*, párrs. 208 a 214, respectivamente.

³ El informe del Grupo de Trabajo figura en el documento A/CN.9/420.

⁴ Los proyectos de artículo preparados por la Secretaría figuran en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.93, A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.102 y A/CN.9/WG.II/WP.104. Los informes del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/420, A/CN.9/432, A/CN.9/434, A/CN.9/445, A/CN.9/447, A/CN.9/455, A/CN.9/456 y A/CN.9/466.

⁵ A/CN.9/455, párr. 17; A/CN.9/456, párr. 18; y A/CN.9/466, párr. 19.

⁶ A/CN.9/WG.II/WP.105 y A/CN.9/WG.II/WP.106.

⁷ A/CN.9/466, párr. 215.

⁸ Para evitar confusiones, no se hace referencia especial a esos anteriores números de los artículos, que se modificaron varias veces en el curso de la preparación del proyecto de convención. No obstante, esos números anteriores se deducirán fácilmente del debate respectivo en los informes del Grupo de Trabajo. El Anexo II del documento A/CN.9/466 contiene un índice de la numeración definitiva de los artículos.

COMENTARIO ANALÍTICO

Proyecto de convención sobre la cesión de créditos [con fines de financiación] [en el comercio internacional]

Preámbulo

Los Estados Contratantes,

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

Considerando [que] los problemas creados por [la] incertidumbre en lo relativo al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a la cesión [de créditos] en el comercio internacional [constituyen un obstáculo para la financiación de operaciones],

Deseando establecer principios y adoptar normas [relativos a la cesión de créditos] que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la cesión de créditos [con fines de financiación], [con inclusión de las cesiones utilizadas en el facturaje, el facturaje de pago a plazos garantizado (forfaiting), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación] y a la vez protejan las prácticas de [cesión] [financiación] actuales y faciliten el desarrollo de nuevas prácticas,

Deseando asimismo velar por la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos,

Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos [con fines de financiación] facilitará el desarrollo del comercio internacional y propiciará la oferta de [capital y] crédito a tipos de interés menos onerosos,

Han convenido en lo siguiente:

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 14 a 18

A/CN.9/434, párrs. 14 a 16

A/CN.9/445, párrs. 120 a 124

A/CN.9/455, párrs. 157 a 159

A/CN.9/456, párrs. 19 a 21 y 60 a 65

Comentario

Título

4. Tal vez desee la Comisión examinar si debe mantenerse en el título del proyecto de convención (véase en los párrs. 6 a 12 una lista no exhaustiva y una breve descripción de las prácticas comprendidas en el proyecto de convención) la referencia a la financiación o al comercio internacional. La referencia a la financiación podría inducir a error, en el sentido de que daría la impresión de que el ámbito del proyecto de convención se limitaba a las operaciones puramente financieras, con exclusión de las importantes operaciones de servicios (por ejemplo, las cesiones en operaciones de facturaje internacional, en las que se ofrece un seguro contra el impago del deudor, o servicios de contabilidad y de cobro); el capítulo I no excluye esas operaciones, ya que no se refiere

a los fines de financiación ni al contexto de la cesión; (véase el párr. 25). Una referencia al comercio internacional puede ser suficiente para reflejar el objetivo general del proyecto de convención de facilitar el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, y aclarar debidamente que el proyecto se aplicará a las cesiones que tengan un elemento internacional y comercial, sin tratar de regular las cesiones a consumidores o las cesiones nacionales de créditos también nacionales. En cambio, esa referencia al comercio internacional puede dar sin querer la impresión de que el proyecto de convención se aplica únicamente a las cesiones de créditos generadas en el comercio internacional y no a la cesión de créditos al consumo; la cesión internacional de créditos nacionales; o la cesión de créditos derivados de préstamos u otras operaciones que pueden no implicar la compraventa de bienes o la prestación de servicios. Además, esa referencia no reflejaría el hecho de que el proyecto de convención podría afectar a las cesiones nacionales de créditos también nacionales, por ejemplo, al tener como finalidad determinar el derecho aplicable a los conflictos entre un cesionario nacional de créditos nacionales y otro extranjero (véanse al respecto los párrafos 21 y 169). Sopesando los pro y los contras, puede ser preferible incluir una referencia al comercio internacional en el título y explicar la cuestión en el comentario.

Preámbulo

5. El preámbulo tiene por fin servir como exposición de los principios generales en que se basa el proyecto de convención y que, conforme al artículo 8, pueden utilizarse para llenar las lagunas que queden en el proyecto. Estos principios son: la facilitación del crédito comercial y de consumo a tipos más accesibles, que interesa a todas las partes que intervienen, cedentes, cesionarios y deudores; el principio de protección del deudor, según el cual la posición jurídica de éste no se verá afectada a menos que se diga otra cosa expresamente en el proyecto de convención; el fomento del movimiento de bienes y servicios a través de las fronteras; y el aumento de la certeza y la predecibilidad de los derechos de las partes que intervienen en operaciones relacionadas con la cesión; la modernización y la armonización de las leyes nacionales e internacionales sobre la cesión, en los planos sustantivo y de derecho internacional privado; la facilitación de las prácticas y la evitación de la injerencia en las prácticas corrientes; y la evitación de la injerencia en asuntos de competencia. En cuanto a la referencia a la financiación que aparece en el preámbulo entre corchetes, tal vez desee la Comisión examinar si debe mantenerla, ya que sería útil para aclarar los objetivos principales del proyecto, sin limitar su alcance, cuestión que podría explicarse más en el comentario.

Operaciones comprendidas

6. Teniendo en cuenta la amplia definición de “créditos” del apartado a) del artículo 2 (“derecho contractual... a percibir una suma de dinero”), el proyecto de convención se aplica a un amplio conjunto de operaciones. En particular, comprende las cesiones de créditos comerciales (procedentes de la compraventa de bienes o la prestación de servicios entre empresas), los créditos financieros (procedentes de operaciones financieras como préstamos, cuentas de depósito, créditos recíprocos *swaps* y derivados) y créditos soberanos (procedentes de operaciones con organismos públicos). A fin de aclarar el contexto de la aplicación del proyecto de convención, esas prácticas se describen brevemente en los párrafos que siguen. La lista de prácticas no puede ser exhaustiva, en particular teniendo en cuenta que están surgiendo rápidamente prácticas nuevas que el proyecto de convención no puede desconocer.

7. En primer lugar, se incluyen las técnicas de financiación tradicionales relacionadas con los créditos comerciales, como el facturaje (venta incondicional de un gran número de créditos, con o sin recurso) y el *forfaiting* (venta incondicional de créditos singulares de cuantía importante, documentarios o no, sin recurso). En esos tipos de operaciones, los cedentes ceden a los financieros sus derechos sobre créditos procedentes de la venta de sus bienes o servicios. La cesión en esas operaciones es normalmente una transferencia incondicional, pero puede hacerse también, por diversas razones (por ejemplo, derechos de timbre), con fines de garantía. El precio de compra se ajusta en función del riesgo y del tiempo que requiere la recaudación del crédito subyacente. Además de sus formas tradicionales, esas operaciones han desarrollado cierto número de

variantes adaptadas a las distintas necesidades de las partes en las operaciones comerciales internacionales. Por ejemplo, en el descuento de facturas hay una venta incondicional de un gran número de créditos sin notificación al deudor, pero con pleno recurso contra el cedente en caso de impago por el deudor; en el facturaje al vencimiento hay una administración plena de la contabilidad de ventas, recaudación de deudores y protección contra deudas incobrables, pero no hay servicios financieros; en el facturaje internacional, se ceden créditos, a efectos de recaudación, a una empresa del país del cedente (“empresa de facturaje exportadora”) y luego de esa empresa a otra del país del deudor (“empresa de facturaje importadora”), aunque las empresas no tienen recurso contra el cedente en caso de impago por el deudor (facturaje sin recurso). Todas esas operaciones quedan comprendidas en el proyecto de convención, cualquiera que la forma que adopten.

8. El proyecto de convención comprende también técnicas de financiación innovadoras, como la bursatilización y la financiación de proyectos, que pueden referirse a una gran variedad de créditos, incluidos los créditos al consumo. En una operación de bursatilización, un cedente, que crea créditos por su propio esfuerzo (“iniciador”) los cede, normalmente mediante una transferencia incondicional, a una entidad (“vehículo para fines especiales”), de propiedad exclusiva del cedente y especialmente creada para adquirir los créditos y pagarlos con el dinero recibido de los inversionistas, a los que el vehículo vende los créditos o los valores respaldados por los créditos. La segregación de los créditos procedentes de los otros bienes del iniciador permite que el precio pagado por los inversionistas (o el dinero prestado) se vincule a la fortaleza financiera de los créditos cedidos y no a la solvencia del cedente. También aísla a los créditos del riesgo de insolvencia del iniciador. En consecuencia, el iniciador puede obtener más crédito del que se le concedería sobre la base de su propia graduación. Además, al tener acceso a los mercados de valores internacionales, puede obtener crédito a un costo más bajo que el costo medio de los créditos de los bancos comerciales. En los proyectos de infraestructura en gran escala que generan ingresos, los patrocinadores cubren los gastos del capital inicial endeudándose a cuenta de la futura corriente de ingresos del proyecto. Así, las presas hidroeléctricas se financian con la garantía de la corriente de ingresos futura de las tarifas eléctricas, los sistemas telefónicos se pagan con los ingresos futuros de los cargos por telecomunicaciones, y las autopistas se construyen con fondos obtenidos mediante la cesión de los futuros ingresos de las carreteras de peaje. Dada la aplicabilidad del proyecto de convención a los créditos futuros, esos tipos de financiación de proyectos pueden reducirse a las transferencias, normalmente con fines de garantía, de los créditos futuros que se generarán por la financiación del proyecto. En este contexto, hay que subrayar que la exclusión en el proyecto de convención de las cesiones hechas con fines personales, familiares o domésticos no harán que queden excluidos los créditos al consumo.

9. Muchas otras formas de operaciones tradicionales relativas a la cesión de créditos generados en el contexto de una operación financiera quedarán también comprendidas. Entre ellas se encuentra la apertura de una línea de crédito con la garantía del balance de una cuenta de depósito; la refinanciación de créditos para mejorar el coeficiente de solvencia o para diversificar la cartera de acciones; la cesión de la obligación contingente de una compañía de seguros de pagar en caso de pérdida, y la cesión de los derechos derivados de una carta de crédito. También se incluyen operaciones menos tradicionales, como los consorcios y participaciones de crédito, *swaps* y otros derivados, pactos de recompra (“*repos*”) y pagos interbancarios.

10. Un *swap* es una operación en la que dos partes acuerdan intercambiar una corriente de obligaciones por otra. Los primeros *swaps* relacionados con los pagos de intereses afectaban a divisas, productos básicos, energía y obligaciones de crédito, y la lista sigue ampliándose. La razón subyacente para concertar un *swap* es transferir los riesgos que implica una obligación determinada a otra parte más capaz o más deseosa de gestionarlo. En un *swap* tradicional de intereses, una entidad solvente que presta dinero a una tasa de interés fijo intercambia ese interés por una tasa de interés variable a la que otra entidad menos solvente toma a préstamo una suma similar. Como consecuencia, una entidad menos solvente, a cambio de una comisión, presta dinero de hecho a una tasa fija. Entre las partes en un *swap* no hay pagos de capital (por las operaciones de los créditos subyacentes. Sólo se pagan intereses. En la práctica, los pagos de intereses se compensan mutuamente, y sólo la parte que adeuda la suma mayor hace un pago neto. Ese pago residual es un derecho contractual a una suma en efectivo, y por consiguiente, queda comprendido en la amplia definición del artículo 2. Hay diversas variaciones del *swap* de

todo de interés simple. Por ejemplo, un inversionista puede comprar un bono de tasa fija y cambiar esa tasa fija por la tasa flotante de un banco; el banco puede tomar como garantía el bono para garantizar las obligaciones del inversionista de pagar sumas equivalentes a la tasa fijada.

11. Los derivados son una clase más general de operaciones, de las que los *swaps* son un caso concreto. Comparten la característica de crear obligaciones de pago determinadas por el precio de una operación subyacente (por eso se describen como “derivados” de esas operaciones). A excepción de los *swaps* de intereses, la mayoría de los contratos derivados se refieren a la diferencia entre el precio futuro convenido de un bien en una fecha futura y el precio real de mercado en esa fecha. Por ejemplo, en un contrato de futuros, una parte conviene en entregar a la otra, en una fecha futura especificada (“fecha de vencimiento”) un bien especificado (por ejemplo, un producto básico, una moneda, una deuda, un valor de renta variable o un surtido de valores, un depósito bancario o cualquier otra categoría de bienes), a un precio convenido en el momento del contrato y pagadero en la fecha de vencimiento. Los futuros se realizan normalmente mediante el pago de la diferencia entre el precio convenido en el momento del contrato y el precio de mercado al vencimiento, y no mediante la entrega material y el pago total en esa fecha (se llaman derivados porque no se realizan por el cumplimiento efectivo de la venta o el contrato de depósito, sino mediante un pago diferencial derivado de un bien real y un precio también real; el contrato se deriva de un contrato mercantil ordinario). En las opciones, el comprador tiene el derecho (aunque no la obligación) de adquirir (“opción de compra”) o vender (“opción de venta”) un bien en el futuro, a un precio fijado cuando la opción se concierta. Los acuerdos de recompra (*repos*) son contratos en virtud de los cuales una parte vende (normalmente a interés fijo) a otra y, simultáneamente, conviene en volver a comprar el valor en una fecha futura, a un precio convenido que tiene en cuenta el interés de la suma en efectivo y el interés devengado por el valor. Los pagos se supeditan a la entrega o devolución de éste. Dentro de los sistemas de pagos interbancarios y los de realización de valores, los participantes tienen la obligación de hacer un gran número de pagos individuales y también el derecho a recibir un número similar de pagos de otros participantes. Esas obligaciones y derechos se resuelven mediante pagos al sistema o del sistema en su conjunto (normalmente utilizando una contraparte central), o entre cada par de participantes.

12. Los derivados, incluidos los *swaps* y los *repos*, se conciertan normalmente dentro de un acuerdo general de compensación (por ejemplo, el acuerdo general de compensación por saldos netos preparado por la International Swaps and Derivatives (“ISDA”), que prevé la liquidación neta de los pagos debidos en la misma moneda y la misma fecha. El acuerdo puede prever también que, en caso de incumplimiento de una parte, se revoquen todas las operaciones pendientes, a su precio de sustitución o su precio justo de mercado; la conversión de esas sumas a una sola moneda y la compensación mutua en un solo pago hecho por una parte a la otra (las cuestiones relativas a la compensación se tratan en la ley modelo de compensación por saldos netos del ISDA, adoptada por 21 Estados). La compensación en general (cancelación de las demandas recíprocas hasta el límite de la de menos valor) y la compensación por saldos netos (en su forma más simple, la posibilidad de compensar las reclamaciones recíprocas en caso de insolvencia de una contraparte) pueden quedar comprendidas en el proyecto de convención, en la medida en que pueda cederse la obligación neta de compensar surgida de un contrato de derivados.

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Comentario

Estructura del capítulo I

13. En el capítulo I, las cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación son objeto de diferentes disposiciones en aras a la claridad y la simplicidad del texto. El artículo 1 define el ámbito sustantivo en términos generales, así como el ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención. Los artículos 2 y 3 definen el ámbito sustantivo en términos más detallados (definiciones de cesión, crédito e internacionalidad de

una cesión o de un crédito). Los artículos 4 y 5 tratan de las operaciones excluidas y de las tratadas de forma diferente. El artículo 6 figura en el capítulo II del proyecto de convención porque los términos que define no plantean principal ni únicamente cuestiones relacionadas con el ámbito. No obstante, tal vez desee la Comisión examinar si, en vista de la importancia del término “ubicación”, su definición en el apartado i) del artículo 6 debería trasladarse al artículo 2 ó al 3, o a un nuevo artículo del capítulo I.

Artículo 1. Ámbito de aplicación

- 1) La presente Convención será aplicable a:
 - a) Las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la celebración del contrato de cesión, el cedente esté situado en un Estado Contratante;
 - b) Las cesiones subsiguientes, siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención; y
 - c) Las cesiones subsiguientes que se rijan por la presente Convención en virtud del apartado a) de este párrafo, a pesar de que alguna cesión anterior no se rija por la presente Convención.
- 2) La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que éste esté situado en un Estado Contratante o que la ley que rija el crédito sea la ley de un Estado Contratante.
- [3) Las disposiciones del capítulo V serán aplicables a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos conforme se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 2) del presente artículo. Ahora bien, esas disposiciones dejarán de ser aplicables si un Estado hace una declaración a tenor de lo previsto en el artículo 37.]
- 4) El anexo de la presente Convención será aplicable en todo Estado Contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 40.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 19 a 32

A/CN.9/432, párrs. 13 a 38

A/CN.9/434, párrs. 17 a 41

A/CN.9/445, párrs. 45 a 48 y 125 a 145

A/CN.9/447, párrs. 143 a 146

A/CN.9/455, párrs. 41 a 46 y 160 a 173

A/CN.9/456, párrs. 22 a 37

A/CN.9/466, párrs. 145 a 149

Comentario

Ámbito sustantivo y territorial de aplicación

14. Conforme al artículo 1, el proyecto de convención se aplica a las cesiones de créditos (véase una definición de los términos “cesión” y “crédito” en los párrs. 26, 27, 29 y 30). Hay dos condiciones para que se aplique el proyecto. Debe haber un elemento de internacionalidad (véase una excepción en el párr. 18) y un elemento de conexión territorial entre ciertas partes y un Estado Contratante. El elemento de internacionalidad puede referirse a la cesión o al crédito. En consecuencia, el proyecto de convención se aplicará a las cesiones de créditos internacionales, tanto si las cesiones son internacionales como si son nacionales, y a las cesiones internacionales de créditos, aunque éstos sean nacionales. Como consecuencia, la cesión de créditos quedará comprendida tanto si esos créditos nacen en el contexto del comercio internacional como del nacional, siempre

que la cesión misma sea internacional (véanse comentarios sobre la internacionalidad en los párrs. 38 a 40). El elemento de conexión territorial puede referirse al cedente sólo o al cedente y al deudor. Para la aplicación de disposiciones del proyecto de convención no relacionadas con el deudor (por ejemplo, las del capítulo IV, sección II), sólo el cedente tiene que estar situado en un Estado Contratante. Para la aplicación del proyecto de convención en su conjunto, el deudor tiene que estar situado en un Estado Contratante (o la ley por la que se rijan los créditos tiene que ser la de un Estado Contratante; véase un examen del término “ubicación” en los párrafos 66 a 70).

15. Este enfoque de la cuestión del ámbito territorial del proyecto de convención se basa en el supuesto de que se tratarían las principales controversias para cuya solución se recurriría al proyecto de convención si el cedente (y, sólo para la aplicación de las disposiciones relacionadas con él, también el deudor) se encontrara en un Estado Contratante. Esas controversias podrían plantearse con respecto a derechos del cesionario contra el cedente resultantes del incumplimiento de una garantía; ejecución por el cesionario de los créditos contra el deudor; liberación del deudor; excepciones del deudor frente al cesionario; derechos relativos del cesionario y el administrador en la insolvencia del cedente; derechos relativos de prelación del cesionario y un cesionario concurrente; y eficacia de las cesiones subsiguientes. El Grupo de Trabajo estimó también que la ejecución se pediría normalmente en el lugar donde se encontrara el cedente o el deudor, por lo que no era necesario mencionar la ubicación del cesionario; y que la aplicación de las disposiciones del proyecto de convención no contenidas en la sección II del capítulo IV no afectaría al deudor, por cuya razón no era necesario excluir la aplicación de todas las disposiciones del proyecto de convención cuando el deudor no se encontrara en un Estado Contratante.

16. Como consecuencia de este enfoque, el ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención es suficientemente amplio y no es necesario, pues, ampliarlo a los casos en que ninguna de las partes se encuentre en un Estado Contratante, pero la ley de un Estado Contratante sea aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro. El Grupo de Trabajo estimó que ese enfoque podría crear al menos incertidumbre en la medida en que el derecho internacional privado en materia de cesión no era uniforme y, en todo caso, las partes no sabrían en el momento de la celebración de una operación dónde podrían plantearse una controversia y, como consecuencia, qué normas de derecho internacional privado se aplicarían. Sin embargo, si el foro está situado en un Estado no contratante, los tribunales no quedarán obligados por el proyecto de convención. Por consiguiente, a pesar de que el artículo 1 no se refiere a la aplicación del proyecto de convención en virtud de normas de derecho internacional privado, no se puede impedir que los tribunales de un Estado no contratante apliquen el proyecto como parte del derecho designado por sus normas de esa índole. Con respecto a la aplicación del proyecto de convención en virtud de normas de derecho internacional privado de un Estado no contratante, se plantea la cuestión particular de si los tribunales de un Estado no contratante aplicarían del proyecto de convención únicamente si los tribunales de un Estado Contratante lo hicieran (es decir, si se dan los requisitos sustantivos y territoriales del proyecto de convención) o incluso aunque los tribunales del Estado Contratante no la aplicaran (es decir, si no se dan los requisitos del capítulo I). Tal vez desee la Comisión ocuparse de esta cuestión.

17. Conforme al párrafo 2 del artículo 1, las disposiciones del proyecto de convención relacionadas con el deudor pueden aplicarse en casos en que el deudor no esté situado en un Estado Contratante pero el crédito cedido se rija por la ley de un Estado Contratante. En este contexto se adopta un enfoque diferente del ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención, ya que el Grupo de Trabajo estimó que no se debía comprometer indebidamente la certidumbre en cuanto a la aplicación del proyecto. Además, a diferencia del párrafo 1), el párrafo 2 del artículo 1 no especifica el momento en que el deudor tendrá que estar situado en un Estado Contratante ni que el crédito tenga que regirse por el derecho de un Estado Contratante (véanse también sobre la cuestión los párrs. 202 y 219). Tal vez desee la Comisión especificar ese momento. Desde el punto de vista de la protección del deudor, el momento de la conclusión del contrato de origen podría ser preferible, ya que aumentaría la previsibilidad de la aplicación del proyecto a las cuestiones relacionadas con el deudor. Ese enfoque sería también compatible con el artículo 39, que se refiere a la ubicación del deudor en un Estado que

formule una declaración en el momento del contrato original. Sin embargo, haría que el cedente, el cesionario y los terceros no pudieran determinar, en el caso de créditos futuros, si el proyecto de Convención se aplicaría a los derechos y obligaciones del deudor (véase un problema conexo, con respecto a los créditos futuros cedidos nacionalmente, en los párrafos 39 y 40).

Cesiones subsiguientes

18. Conforme al principio de la *continuatio juris*, el proyecto de convención se aplica también a las cesiones subsiguientes hechas, por ejemplo, en el contexto de operaciones de facturaje internacional, bursatilización y refinanciación, siempre que una cesión anterior se rija por el proyecto (y con independencia de si existe un elemento de internacionalidad). Como consecuencia, incluso la cesión nacional de créditos nacionales puede llevarse al ámbito de proyecto de convención si es subsiguiente a una cesión internacional. La razón de ese enfoque es que, a menos que todas las cesiones en una cadena de cesiones se sometieran a un sólo y mismo régimen jurídico, sería muy difícil abordar de manera coherente las cuestiones relacionadas con la cesión.

19. Tal vez desee la Comisión examinar si el proyecto de convención debiera aplicarse sólo a las cesiones subsiguientes cuando el cedente esté situado en un Estado Contratante. El proyecto de convención se aplica también a las cesiones subsiguientes, que en sí están comprendidas en el apartado a) del proyecto de artículo 1, haya o no una cesión anterior que se rija por el proyecto de convención (como no se trata de un tipo distinto de cesión, tal vez desee la Comisión volver a examinar la ubicación del apartado c) del párrafo 1 del artículo 1). Como consecuencia, puede que el proyecto de convención se aplique únicamente a algunas de las cesiones de una cadena. Esto supone un apartamiento del principio de la *continuatio juris*. Sin embargo, el Grupo de Trabajo consideró necesario guiarse por este criterio, ya que las partes en cesiones efectuadas en el marco de operaciones de bursatilización, en que la primera cesión puede ser de carácter nacional y referirse a créditos nacionales, no deben verse privadas de los posibles beneficios de la aplicación del proyecto de convención. Este enfoque se basa en el supuesto de que no estorbaría indebidamente las prácticas nacionales (sobre este asunto, véase el párrafo 20).

Relaciones con la ley nacional

20. Como consecuencia de abarcar en el proyecto de convención las cesiones internacionales de créditos nacionales o incluso las cesiones nacionales de créditos nacionales hechas en el contexto de subsiguientes cesiones, las partes comerciales en operaciones nacionales podrían beneficiarse de un mayor acceso a los mercados financieros internacionales y, con ello, a un crédito posiblemente menos costoso. Los intereses de los cedentes, protegidos, por ejemplo, por las prohibiciones del derecho nacional de ceder créditos futuros o hacer cesiones en bloque, no se verían indebidamente obstaculizados, en la medida en que el proyecto de convención no excluye que el cedente ofrezca sus créditos a diferentes prestamistas para obtener crédito (por ejemplo, a un proveedor de materiales a crédito o a una institución financiera para obtener capital de explotación), ya que no da prioridad a ninguno de ellos. Los intereses de los deudores, protegidos por la legislación nacional, no se verían indebidamente obstaculizados tampoco, al menos en la medida en que el proyecto de convención exige que el deudor esté situado en un Estado Contratante y limita los efectos de una cesión para el deudor a, principalmente, el pago a otro acreedor situado en el país y en la moneda estipulada en el contrato de origen. Tampoco se verían indebidamente afectados los intereses de los cesionarios nacionales, porque el proyecto de convención no da prioridad a los cesionarios extranjeros sobre los nacionales. Se limita a determinar el derecho nacional por el que se regiría la prioridad. Además, para que un conflicto entre un cesionario nacional y uno extranjero quedara comprendido en el proyecto de convención (artículo 24 a) i)), el cedente tendría que estar situado en un Estado Contratante (artículo 1 a)) y ese Estado, por definición en una cesión nacional de créditos nacionales (artículo 3), sería el Estado en que estarían situados tanto el deudor nacional como el cesionario nacional. Sin embargo, como consecuencia de la norma de ubicación de la administración central, podrían aplicarse diferentes leyes a un conflicto entre una cesión hecha por una sucursal y otra hecha por la oficina central, si la sucursal de la oficina central no estuviera situada en un Estado Contratante.

Ámbito del capítulo V

21. En virtud del párrafo 3) del artículo 1, las disposiciones de derecho internacional privado del capítulo V se aplican a las cesiones con un elemento internacional definidas en el artículo 3, tanto si el cedente o el deudor están situados en un Estado Contratante como si no lo están. La justificación para limitar el ámbito de aplicación del capítulo V está en el deseo de disminuir los conflictos con otras convenciones que se ocupan de cuestiones de cesión de derecho internacional privado (por ejemplo, el Convenio de la Unión Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, Roma, 1980 (“Convenio de Roma”) y la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, México D.F., 1994 (“Convención de México D.F.”). Tal vez desee la Comisión volver a examinar ese enfoque. No parecería apropiado definir el ámbito de aplicación de disposiciones de derecho internacional privado haciendo referencia a nociones de internacionalidad sustantivas o incluso artificiales. En cualquier caso, la cuestión de los conflictos con otros textos de derecho internacional privado se trata ya suficientemente en los artículos 36 (al dar precedencia a cualquier otro texto legislativo internacional que trate de las mismas cuestiones) y 37 (al permitir a los Estados excluir la aplicación del capítulo V).

22. Tal vez desee examinar también la Comisión si debe ocuparse de la cuestión de la jerarquía entre las disposiciones sustantivas y las de derecho internacional privado del proyecto de convención, a fin de asegurar que las disposiciones de derecho sustantivo se apliquen en primer lugar (la cuestión se trata en el artículo 24 al utilizar las palabras “con excepción de los supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención”). Se podría insertar una nueva disposición al comienzo del capítulo V que tratara del ámbito de ese capítulo, la jerarquía entre ese capítulo y el resto del proyecto de convención, y el derecho de los Estados a excluir el capítulo. Esa disposición podría decir algo así como: “El capítulo V se aplicará a las cesiones, con independencia de las disposiciones del capítulo I. En el caso de una cesión a la que se aplique la presente Convención de conformidad con el capítulo I, el capítulo V se aplicará a los supuestos no regulados en otras disposiciones de la presente Convención. Si un Estado formula una declaración conforme al artículo 37, el capítulo V no se aplicará”. El artículo 37 serviría para explicar el efecto de esa declaración (véanse en los párrs. 187 a 189 otros comentarios sobre el ámbito y la finalidad del capítulo V). Si se adoptara ese enfoque, el párrafo 3) del artículo 1 podría suprimirse o referirse sólo a la posibilidad de que los Estados formulen una reserva con respecto a la aplicación del capítulo V.

Aplicación del anexo

23. El artículo 24 del proyecto de convención remite las cuestiones de prelación a la ley de la ubicación del cedente (sobre el significado de “ubicación”, véase el apartado i) del artículo 6). Reconociendo que puede ser necesario que algunos Estados modernicen o adapten sus normas de prelación, el párrafo 4) del artículo 1 permite a los Estados elegir una de las dos normas sustantivas de prelación establecidas en el anexo. El párrafo 2) del artículo 40 aclara el efecto de una declaración hecha con arreglo al párrafo 4) del artículo 1, es decir que, a los efectos del artículo 24, la ley de la ubicación del cedente será la norma de prelación del anexo elegida por el Estado Contratante en que esté situado (véanse en el párr. 216 las posibilidades de elección de los Estados y los efectos de las declaraciones). Cuando se finalice el artículo 40, tal vez desee la Comisión volver a examinar la formulación y el lugar adecuado para el párrafo 4) del artículo 1 del proyecto de convención.

Artículo 2. Cesión de créditos

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “cesión” se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (“cedente”) a otra (“cesionario”) del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) debida por un

tercero (“el deudor”). La creación de derechos a créditos como garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;

b) En el caso de que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (“cesión subsiguiente”), la parte que haga la cesión será el cedente y la parte a quien se haga la cesión será el cesionario.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 33 a 44

A/CN.9/432, párrs. 39 a 69 y 257

A/CN.9/434, párrs. 62 a 77

A/CN.9/445, párrs. 146 a 153

A/CN.9/456, párrs. 38 a 43

A/CN.9/466, párrs. 87 a 91

Comentario

Cesión y contrato de cesión o de financiación

24. Como la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el proyecto de convención reconoce la distinción entre la cesión en sí, como transmisión de bienes, y el contrato de cesión, como operación que crea obligaciones personales (en otras palabras, entre la cesión y su *causa*, es decir, una venta, un acuerdo de garantía, una donación o un pago). Esta distinción puede ser evidente cuando el contrato de cesión y la cesión se realizan en momentos diferentes y como parte de acuerdos distintos (es decir, en operaciones de bursatilización y financiación de proyectos). Puede no serlo tanto cuando las dos operaciones se realizan simultáneamente y se incorporan en un solo contrato (por ejemplo, en las operaciones de facturaje). Aunque el proyecto de convención se centra principalmente en la cesión como transmisión de derechos de propiedad sobre créditos, trata también de cuestiones contractuales en los artículos 13 a 16, y 28. No obstante, no se ocupa de la cuestión de las relaciones entre la cesión y el contrato de cesión. Esas relaciones se tratan de distinta forma según los ordenamientos jurídicos. En algunos de ellos, la eficacia de la cesión depende de la validez del contrato. En otros, la cesión se trata como “operación abstracta”, es decir, jurídicamente independiente del contrato subyacente, en el sentido de que los defectos de éste no afectan automáticamente a la validez de la cesión, y viceversa. En otros ordenamientos, la cesión es un acto distinto, pero puede verse afectada por la invalidez del contrato. En la práctica, un defecto del contrato de cesión llevará con frecuencia a la anulación de la cesión misma. Sin embargo, en los supuestos limitados en que sólo el contrato sea inválido, el cedente tendrá únicamente una acción personal contra el cesionario, limitada a la restitución de cualquier enriquecimiento injusto; y no podrá lograr que el crédito cedido se separe de la masa de insolvencia del cesionario ni oponer la vinculación de los créditos cedidos que se encuentren en poder del cesionario.

25. En particular, el proyecto de convención no se refiere a los fines de la cesión, es decir, a si una cesión se realiza sólo con fines de financiación o por razones de contabilidad, recaudación, seguro, gestión de riesgos, diversificación de la cartera u otras. Esas cualificaciones obstaculizan la finalidad del contrato de cesión o del contrato de financiación y se traducirían en la limitación indebida del ámbito del proyecto de convención a las operaciones puramente financieras y la creación de otro régimen especial de la cesión, que no se necesita; produciría incertidumbre, ya que no hay una acepción universal de los términos “financiación” y “comercial” y no es viable ni conveniente una definición uniforme; y excluiría innecesariamente del ámbito del proyecto de convención operaciones importantes en las que pueden prestarse sólo servicios (con respecto al posible efecto de ese enfoque en el derecho nacional, véase el párr. 20; en cuanto a los posibles conflictos con el Convenio sobre el Facturaje Internacional, Ottawa, 1980 (“Convenio de Ottawa”), véanse los párrs. 204 a 206.

“Transferencia mediante acuerdo”

26. Con la intención de llevar al ámbito del proyecto de convención, además de las cesiones, otras prácticas que entrañan la transmisión de derechos de propiedad sobre créditos, como la subrogación contractual o la

prenda, el artículo 2 define la “cesión” como una transferencia. Ese enfoque tiene en cuenta que importantes operaciones de financiación por cesión de créditos, como el facturaje, se realizan, en algunos ordenamientos jurídicos, por medio de la subrogación contractual o la pignoración. En lugar de crear un nuevo tipo de cesiones, el proyecto de convención se orienta a ofrecer normas uniformes sobre la cesión y prácticas conexas con un elemento internacional, que, aunque abarcadas en teoría por el derecho nacional actualmente vigente, no podían desarrollarse suficientemente, dadas las limitaciones intrínsecas para la aplicación del derecho nacional en cuestiones de derecho imperativo, en un contexto internacional. La referencia a transferencias hechas “mediante acuerdo” tiene por objeto excluir las hechas en virtud de la ley (por ejemplo, la subrogación legal).

27. Se pretende que tanto las transferencias incondicionales, incluidas las realizadas con fines de garantía, como las cesiones a título de garantía queden comprendidas, y tanto si se dan o prometen “valores, créditos o servicios” en el momento de la cesión como en un momento anterior (en el artículo 2 no se mencionan las contraprestaciones, ya que se trata de una cuestión que corresponde al contrato de cesión o al de financiación). A fin de evitar toda ambigüedad sobre si queda comprendida la cesión a título de garantía, la cuestión se trata expresamente en el apartado a) del artículo 2, que crea la ficción jurídica de que, a efectos del proyecto de convención, la creación de derechos de garantía sobre créditos se considerará transferencia. Sin embargo, el proyecto de convención no define las cesiones incondicionales ni las cesiones a título de garantía. La cuestión se deja al derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, ya que, teniendo en cuenta las amplias divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos en cuanto a la clasificación de las transferencias, una cesión a título de garantía podría tener en realidad las características de una venta, mientras que una venta podría utilizarse como mecanismo de garantía.

“Por una parte a otra”

28. Tanto el cedente como el cesionario pueden ser personas jurídicas o físicas, comerciantes o consumidores. En particular, queda comprendida la cesión entre personas físicas, a menos que el cesionario sea un consumidor y la cesión se haga para sus propios fines de consumo (artículo 4 1) a)). Como consecuencia, la cesión de créditos de tarjeta de crédito o de préstamos garantizados con bienes inmuebles en las operaciones de bursatilización y los ingresos de carreteras de peaje en los acuerdos de financiación de proyectos quedan comprendidos en el ámbito del proyecto de convención. Teniendo en cuenta que en éste el singular abarca el plural y *vice versa*, queda también comprendida la cesión hecha por varias personas (por ejemplo, cotitulares de créditos) o a varias personas (por ejemplo, un sindicato de financieros) (y también la cesión de uno o más créditos). Sin embargo, al determinar el ámbito territorial de aplicación o la internacionalidad, cada cesión se consideraría como cesión distinta y debería reunir las condiciones del capítulo I para la aplicación del proyecto de convención (en cuanto a los supuestos que afectan a deudores múltiples, véase el párr. 38). En una cesión a un administrador fiduciario que actúe en nombre de varias personas, el que haya uno o varios cesionarios dependerá de las facultades exactas de ese administrador, es decir, de si es un simple mandatario o tiene facultades para tomar decisiones de fondo. La cuestión se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención.

“Derecho contractual a percibir una suma de dinero”

29. Se pretende que queden comprendidos los créditos derivados de cualquier tipo de contrato, tanto si éste existe en el momento de la cesión como si no. Ello excluye la transferencia de créditos surgidos en virtud de la ley, como los créditos por responsabilidad extracontractual, los surgidos en el contexto del enriquecimiento injusto, los créditos impositivos o los determinados en sentencias judiciales o laudos arbitrales, a menos que se confirmen en un acuerdo de transacción. Determinar qué es un derecho “contractual” será una cuestión de interpretación según la ley por la que se rija ese derecho. Sin embargo, los créditos contractuales, cuya cesión queda comprendida en el proyecto de convención, incluyen los derivados de contratos de compraventa de bienes o de prestación de servicios, tanto si esos contratos son operaciones comerciales como si son operaciones con consumidores; los créditos en formas de regalías derivadas de la concesión de licencias de propiedad intelectual;

los daños por incumplimiento de contratos; los intereses, si se debían en virtud del contrato original; los dividendos derivados de participaciones, tanto si se declararon en el momento de la cesión como si surgieron luego; el derecho a recibir el pago de los ingresos de una garantía o de una carta de crédito independientes; y los créditos en forma de saldos de cuentas de depósito o de operaciones con títulos.

30. Aunque, en principio, el derecho del cedente/vendedor sobre cualesquiera bienes restituidos por el comprador/deudor (véase el párr. 72) no sea un crédito según el proyecto de convención, como en el caso del cedente y el cesionario, se considera como crédito en la medida en que cualesquiera mercancías devueltas por el comprador ocupan el lugar del crédito cedido (artículo 16; sin embargo, frente a terceros, el cesionario no tiene derecho a las mercancías restituidas, ya que quedan excluidas de la definición de “productos” del apartado k) del artículo 6. Además, los derechos no monetarios convertibles en una suma monetaria (por ejemplo la cesión de derechos derivados de un canje de productos básicos) son créditos cuya cesión queda comprendida. En la medida en que se prevea la conversión en el contrato original, ese resultado está implícito en el artículo 2; en la medida en que no sea así, está de acuerdo con la decisión del Grupo de Trabajo de incluir la cesión de derechos no monetarios convertidos en indemnización por incumplimiento del contrato. Este resultado está también implícito en el artículo 5, que se refiere a las operaciones de canje derivadas. Tal vez desee la Comisión reflejar expresamente ese entendimiento en el proyecto de convención. Quizá desee examinar también si deben incluirse las cesiones unilaterales, aunque sean raras en la práctica. Por añadidura, tras la aceptación del producto del crédito cedido habría una cesión *de facto*. Sin embargo, en los escasos supuestos en que se haga una cesión unilateral y surja un conflicto con una cesión comprendida en la Convención, antes de cualquier acuerdo implícito mediante la aceptación del pago por el cesionario, puede ser conveniente asegurar que el conflicto se resuelva, de conformidad con el artículo 24, aplicando el derecho del lugar de ubicación del cedente.

Derechos a prestaciones no dinerarias

31. La cesión de otros derechos contractuales no dinerarios (por ejemplo, el derecho a una prestación, el derecho a rescindir el contrato o el derecho a solicitar la entrega de un producto básico o un valor en virtud de un acuerdo de canje o de recompra) o de derechos compuestos (por ejemplo, el derecho a presentar documentos y solicitar el pago en virtud de una garantía independiente o de una carta de crédito) no quedan comprendidos. Tal vez desee la Comisión volver a examinar la exclusión de la cesión de los derechos a prestaciones contractuales no monetarias. Ese enfoque podría hacer que las partes en una misma operación de cesión quedaran sometidas a diferentes regímenes jurídicos, ya que, en la práctica, las cesiones se refieren a menudo a todos los derechos derivados de un contrato y los cesionarios confían también en los derechos a prestaciones no monetarias (el proyecto de artículo 12.101 en los Principios Contractuales Europeos se refiere a los “derechos al pago u otra prestación”⁹). Sin embargo, el proyecto de artículo 1.1 de los principios sobre la cesión, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se inspira en el artículo 2)¹⁰. Las cesiones de contratos, que entrañan una cesión de derechos contractuales y un traspaso de obligaciones, tampoco están comprendidas. Aunque esas operaciones puedan formar parte de arreglos de financiación, normalmente el financiero tendrá en cuenta sobre los créditos. En cuanto al traspaso de obligaciones, el Grupo de Trabajo estimó que planteaba cuestiones que rebasaban el ámbito conveniente del proyecto de convención.

Partes o intereses indivisos en los créditos

⁹ Se hace referencia al proyecto disponible en diciembre de 1999, preparado para la Comisión de Derecho Contractual Europeo por el Profesor Roy Goode.

¹⁰ Se hace referencia a UNIDROIT 1999, Study L - Doc.65 de diciembre de 1999, Grupo de Trabajo para la preparación de principios de contratos comerciales internacionales [...], cesión de derechos, transmisión de obligaciones y cesión de contratos, Sección I: cesión de derechos (proyecto y notas explicativas preparados por el Profesor Marcel Fontaine).

32. Entre las prácticas importantes que se quiere abarcar con el proyecto de convención se encuentran las cesiones de partes o intereses indivisos en los créditos (por ejemplo, la bursatilización, la sindicación de préstamos y la participación). La efectividad de esas cesiones parciales no es común a todos los ordenamientos jurídicos. Por ello, el artículo 9 las hace válidas. Sin embargo, teniendo en cuenta que no hay una referencia explícita en el capítulo I a esas cesiones parciales, no resulta claro si el proyecto de convención en su conjunto se aplica a ellas (incluidas las disposiciones de protección del deudor, cuya aplicación es importante si el crédito se cede parcialmente a varios cesionarios y el deudor realiza gastos para pagar a más de una persona). Por consiguiente, quizá desee la Comisión aclarar esta cuestión en el apartado a) del artículo 2, añadiendo, por ejemplo, antes de las palabras “del derecho contractual del cedente” las palabras “todo o parte” (la cuestión se trata en el proyecto de artículo 12.103 de los Principios Contractuales Europeos y en el proyecto de artículo 1.3 de los principios sobre la cesión del UNIDROIT).

33. Con respecto a los derechos monetarios divisibles, el deudor podrá hacer normalmente pagos parciales. Puede no ocurrir así si se trata de derechos de cumplimiento no monetarios, ya que dividir esos derechos podría modificar la relación entre el cumplimiento y la contraprestación, y tener efectos indeseables en la posición jurídica del deudor. Por consiguiente, si la Comisión decide incluir en el ámbito del proyecto de convención las cesiones de los derechos a prestaciones no monetarias, tal vez desee aclarar que sólo se permitirá la cesión parcial de esos derechos cuando puedan ser divididos (por ejemplo, si el deudor puede pagar por separado la parte de la prestación cedida; véase el proyecto de artículo 12.103 2) de los Principios Contractuales Europeos). Además, tal desee la Comisión examinar la posición del deudor en el supuesto de una cesión parcial de un crédito dinerario. En la práctica, los acreedores están interesados en contar con una corriente de pagos normal y, por consiguiente, es improbable que se pida a un deudor que pague a más de un cesionario. Además, conforme al artículo 17, esa solicitud sólo podría afectar a los diferentes cesionarios situados en el mismo país y no podría ocasionar gastos adicionales al deudor.

34. Sin embargo, es posible que sea necesario tratar la cuestión expresamente. Tal vez desee la Comisión examinar, por ejemplo, si, a discreción del deudor, una notificación debe considerarse ineficaz si las instrucciones de pago conexas encargan al deudor que pague a un cesionario designado una suma inferior a la adeudada con arreglo al contrato de origen. Ese enfoque podría llevar a incluir todas las combinaciones de cesiones únicas o múltiples de intereses parciales o indivisos sobre créditos, tanto si suponían el pago de una suma global como pagos periódicos. Se traduciría también en la protección del deudor de forma suficiente pero flexible, sin establecer, de forma prescriptiva, lo que el cedente, el deudor o el cesionario deberían hacer, ni crear obligaciones. Si el deudor está dispuesto a cumplir el encargo de pagar a múltiples cesionarios, no hay razón para impedir a las partes que hagan lo que todas ellas desean. En cambio, si el deudor paga sin conocer su derecho a hacer caso omiso de ese encargo, el carácter optativo de la ineficacia de la notificación preservaría la liberación *pro tanto* del deudor como resultado del pago hecho de conformidad con las instrucciones de pago. Alternativamente, en el supuesto de una cesión parcial, se podría hacer de la identificación de un solo perceptor una condición para la eficacia de la notificación y de la instrucción de pago conexa. En tal caso, si el deudor recibe instrucciones de pagar a más de un cesionario partes de un crédito, se le podría permitir liberarse pagando al cedente o al primer cesionario en notificar (puede ser necesario incluir textos adicionales en los artículos 18 y 19). Una tercera posibilidad puede ser dar al deudor el derecho a solicitar que el cedente lo indemnice de cualesquiera gastos adicionales realizados como consecuencia de una cesión parcial o, incluso, un derecho de compensación contra el cesionario. En los supuestos en que el derecho a una indemnización pueda no proteger debidamente al deudor contra el riesgo de procedimientos distintos iniciados por el cedente, o por uno o más cesionarios, se le puede dar el derecho a solicitar un mandato judicial para que todos los reclamantes se agrupen en un solo procedimiento, cuya decisión será vinculante para todos (proyecto de artículo 12.103 3) y 4) de los Principios Contractuales Europeos).

35. El artículo 2 no se refiere a los derechos personales que, por ley, no puedan cederse (por ejemplo, sueldos, pensiones, pólizas de seguros y créditos públicos). Sin embargo, se supone que no existe la intención de incluir limitaciones legales de la cesión distintas de las mencionadas en el artículo 9 (véanse los párrs. 84 y 85). Tal vez desee la Comisión indicar expresamente este entendimiento en el artículo 2 (el proyecto de artículo 12.302 de los Principios Contractuales Europeos se refiere a “una prestación que, por su naturaleza o por la relación del deudor con el cedente, no pueda pedirse razonablemente al deudor que haga a nadie, salvo el cedente” y el artículo 1.3 del proyecto de capítulo sobre la cesión, de los principios sobre la cesión del Unidroit, se refiere a los derechos que tengan “carácter personal o [cuya] cesión esté prohibida por la ley aplicable”).

“Debida por un tercero”

36. Además del cedente y el cesionario, también el deudor puede ser una entidad jurídica o una persona física, un comerciante o un consumidor, un organismo oficial o una institución financiera (o puede haber una multiplicidad de deudores). A diferencia del Convenio de Ottawa, el proyecto de convención no excluye las prácticas comerciales que supongan la cesión de créditos contractuales cuyos titulares sean consumidores, a menos que la cesión se haga a un consumidor para su propio consumo (artículo 4 1 a)). Las cesiones de créditos al consumo forman parte de prácticas importantes, como las bursatilización de créditos de tarjeta de crédito, cuya facilitación puede aumentar el acceso de fabricantes, vendedores al detalle y consumidores a créditos de menor costo y, como consecuencia, facilitar el comercio internacional de bienes de consumo. Sin embargo, aunque comprenda la cesión de créditos al consumo, no se pretende que el proyecto de convención prevalezca sobre el derecho de protección de los consumidores. Este principio se deriva del principio general de protección del deudor consagrado en el párrafo 1) del artículo 17. Se refleja también en cierto número de disposiciones del proyecto de convención, como, por ejemplo, el párrafo 1) del artículo 21 y el artículo 23, en virtud de los cuales un consumidor-deudor no puede renunciar a las excepciones y derechos de compensación, y tiene derecho a recuperar del cesionario los pagos, si así lo establece la ley de protección de los consumidores aplicable en el país (véase el párr. 100 en relación con las cláusulas contrarias a la cesión en el contexto de los consumidores).

37. Queda comprendida la cesión de créditos cuyo titular sea la administración pública o una entidad oficial, a menos que sean intransferibles por ley (cuestión que quizá sea necesario aclarar expresamente; en cuanto a las limitaciones legales, véanse los párrs. 84 y 85). Sin embargo, el Estado en que esté situado el deudor público podrá hacer una reserva a la norma del artículo 11, en el sentido de que las cesiones serán eficaces no obstante las limitaciones contractuales para la cesión (véanse los párrs. 213 y 214). Los créditos de que sean titulares deudores en contratos financieros, como préstamos, cuentas de depósito, permutas y derivados, quedan comprendidos también en el proyecto de convención. Sin embargo, la eficacia de una cesión en general o sólo en cuanto al deudor de un crédito de esa índole puede dejarse al derecho no comprendido en el proyecto de convención (artículo 5). Además, la cesión de uno o varios créditos, total o parcialmente, adeudados conjuntamente (es decir, por completo) o separadamente (es decir, de forma independiente) por múltiples deudores queda también comprendida, siempre que el contrato del que se deriven los créditos (en adelante, “contrato de origen”) se rija por la ley de un Estado Contratante. Sin embargo, si el contrato de origen no se rige por la ley de un Estado Contratante, y uno o más, pero no todos los deudores se encuentran en un Estado Contratante, cada operación deberá considerarse como una independiente, y los deudores que no se encuentren en un Estado Contratante no deberían verse afectados por el proyecto de convención. De otro modo, se podría comprometer la predicibilidad en lo que se refiere a la aplicación del proyecto de convención a los derechos y obligaciones de los deudores, que es uno de los principales objetivos del proyecto.

Artículo 3. Internacionalidad

Un crédito será internacional si, en el momento de concluirse el contrato de origen, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. Una cesión será internacional si, en el momento de concluirse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 26 a 29
A/CN.9/432, párrs. 19 a 25
A/CN.9/445, párrs. 154 a 167

A/CN.9/456, párrs. 44 y 45, 227 y 228
A/CN.9/466, párrs. 92 y 93

Comentario

38. A fin de lograr certidumbre en la aplicación del proyecto de convención, el artículo 3, siguiendo el ejemplo de otros textos preparados por la CNUDMI u otras organizaciones, define la internacionalidad por remisión a la ubicación de las partes (de conformidad con el apartado i) del artículo 6 la “ubicación” se refiere al establecimiento o, en el caso de que el cedente o el cesionario tengan más de un establecimiento, al lugar donde ejerzan su administración central o, en el caso de que no haya establecimiento, a la residencia habitual). Cuando haya más de un cedente, cesionario o deudor, la internacionalidad se determinará para cada una de las partes por separado (véanse los párrs. 28 y 37). Como resultado del artículo 3, una vez que un crédito es internacional su cesión queda siempre comprendida en el proyecto de convención, tanto si se cede a un cesionario nacional como a un cesionario extranjero. Pero incluso cuando un crédito es nacional su cesión puede quedar comprendida en el proyecto de convención, si la cesión es internacional o es parte de una cadena de cesiones entre las que figura una cesión internacional anterior (véase el párr. 19).

39. El carácter internacional de una cesión se determina en el momento en que se realiza, mientras que la internacionalidad de un crédito se determina en el momento de concluirse el contrato de origen (“en el momento en que nace”). La determinación de la internacionalidad de un crédito en el momento en que nace se justifica por la necesidad de que un posible cedente conozca, en el momento de la conclusión del contrato original, qué ley podría aplicarse a una posible cesión. Ese conocimiento es importante para que un posible cedente pueda determinar si el cesionario podrá obtener crédito y a qué precio, y, sobre esa base, decidir si conceder crédito al deudor y en qué términos. Sin embargo, como resultado de ese enfoque del momento pertinente para determinar la internacionalidad, en el caso de una cesión nacional en bloque de créditos futuros nacionales e internacionales, tal vez las partes no puedan prever en el momento de la cesión si se aplicará el proyecto de convención (este problema, sin embargo, no se plantearía en el supuesto de cesiones internacionales de créditos nacionales o internacionales, ya que la internacionalidad de una cesión se podría determinar en el momento en que se hiciera). Además, en el caso de una cesión nacional de créditos tanto nacionales como internacionales, el proyecto de convención se aplicaría a la cesión de créditos internacionales pero no a la de créditos nacionales. Esto significa que, según que se aplique o no el proyecto de convención, las declaraciones implícitas entre el cedente y el cesionario, así como la posición jurídica del deudor pueden ser diferentes (por ejemplo, en cuanto a las excepciones y la compensación de derechos, pero no en cuanto a la liberación, ya que el deudor podrá liberarse con arreglo a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención). Sin embargo, las normas de prelación aplicables no serían diferentes, ya que el proyecto de Convención comprendería, en cualquier caso, todos los posibles conflictos de prelación, incluidos los conflictos con un cesionario nacional de créditos también nacionales.

40. Por consiguiente, las partes en cesiones nacionales tendrán que estructurar sus operaciones de cierta forma para evitar ese problema (por ejemplo, evitando ceder en una misma operación créditos tanto nacionales como internacionales). Si no pueden hacerlo así, correrán el riesgo de que una ley pueda aplicarse a los créditos nacionales y otra, el proyecto de convención, a los internacionales. No obstante, este problema no lo crea el proyecto de convención; existe ya al margen de él en los supuestos en que se ceden créditos nacionales e internacionales. Además, organizar una operación con arreglo al proyecto de convención sería más fácil que con

arreglo a otra ley, por lo menos en la medida en que las partes en una cesión nacional se enfrentarían sólo con dos leyes que podrían aplicarse a su cesión: la del país en que estén situados el cedente y el cesionario, y el proyecto de convención. Además, la posición jurídica del deudor no cambiaría, a menos que estuviera situado en un Estado Contratante o que la ley por la que se rigiera el crédito fuera la de un Estado Contratante.

Artículo 4. Exclusiones

- 1) La presente Convención no será aplicable a una cesión:
 - a) efectuada a una persona física para sus fines personales, familiares o del hogar;
 - b) en la medida en que esa cesión sea efectuada mediante entrega de un título negociable, con todo endoso que sea necesario;
 - c) efectuada en el marco de la venta, o de todo otro cambio de la titularidad o condición jurídica, de la empresa que dio lugar al crédito cedido.
- [2) La presente Convención no será aplicable a las cesiones enumeradas en una declaración efectuada a tenor del proyecto de artículo 39 por el Estado en donde esté situado el cedente o, en lo que concierne a las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones del deudor, por el Estado en donde esté situado el deudor.]

Referencias

A/CN.9/432, párrs. 18, 47 a 52, 106 y 234 a 238

A/CN.9/434, párrs. 42 a 61

A/CN.9/445, párrs. 168 a 179

A/CN.9/456, párrs. 46 a 52

A/CN.9/466, párrs. 54 a 59, 78 a 86 y 192 a

Comentario

41. En vista del amplio ámbito de aplicación del proyecto de convención, el artículo 4 tiene por objeto excluir ciertas prácticas que son distintas de las relacionadas con la cesión o se encuentran ya suficientemente reguladas.

Cesiones con fines de consumo

42. El apartado a) tiene por objeto excluir del ámbito del proyecto de convención las cesiones de una entidad comercial o un consumidor a otro, pero sólo si se hacen para fines personales, familiares o domésticos del cesionario. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que esas cesiones no eran de importancia práctica. Como resultado, no se excluyó a las cesiones de créditos al consumidor, salvo cuando se hicieran para los fines de consumo.

Cesiones de títulos negociables

43. El apartado b) tiene por objeto excluir las transferencias de títulos negociables. Esas transferencias son distintas de las cesiones y se rigen por normas específicas de derecho nacional e internacional (por ejemplo, no se exige la notificación de la transferencia; si el deudor paga a un cesionario que no es el titular, sigue estando obligado hacia éste; y la persona que acepte el título por su valor y sin conocer las excepciones ocultas contra el transferente no quedará sometida a esas excepciones). Más que referirse a la naturaleza documental de un crédito, el apartado b) se concentra en la forma de la transferencia. Ese enfoque basta para preservar la

negociabilidad del título, al mismo tiempo que evita la necesidad de definir la expresión “título negociable”, sobre la que no hay un entendimiento universal. Quedan excluidas las transferencias de créditos realizadas mediante endoso y entrega, o mediante la simple entrega de un título. Entre esos títulos se encuentran las letras de cambio, pagarés, cheques e instrumentos al portador (por ejemplo, los valores negociables).

44. Con frecuencia, los créditos surgidos de un contrato se incorporan en un título negociable con el único fin de lograr su pago mediante, si es necesario, un procedimiento sumario ante los tribunales. En esos supuestos pueden transferirse tanto el crédito nacido de un contrato como el incorporado en un título negociable. Las palabras “en la medida ... en que sea efectuada mediante entrega ... con todo endoso que sea necesario” tienen por objeto garantizar que sólo quede excluido del ámbito de aplicación del proyecto de convención la transferencia de un crédito en forma de título negociable y no la de un crédito en su forma contractual. Tal vez desee la Comisión examinar si el apartado b) del artículo 4 debería referirse a las transferencias de títulos negociables desmaterializados (es decir, electrónicos).

Cesiones de créditos en adquisiciones de sociedades

45. El apartado c) persigue el fin de excluir las cesiones hechas en el contexto de la venta de una empresa en funcionamiento, si se efectúan del vendedor al comprador. Se excluyen esas cesiones, dado que las leyes nacionales referentes a adquisiciones de sociedades las regulan de manera diferente y no tienen carácter financiero. No obstante, no se excluyen las cesiones hechas a una institución que financie la venta.

Otros tipos de cesión de créditos

46. En el curso de su labor, el Grupo de Trabajo examinó la posible exclusión de otros tipos de cesión, como las cesiones en virtud de la ley, las cesiones a título de donación, las cesiones de salarios, de derechos contractuales en general, de primas de seguro, de derechos en virtud de garantías y cartas de crédito independientes (“compromisos independientes”), las cesiones de rentas de la propiedad inmobiliaria y el equipo y las de saldos de cuentas de depósito. En cuanto a las cesiones en virtud de la ley, hay que observar que están excluidas como consecuencia de la definición de “cesión” por referencia a una “transferencia mediante acuerdo” (artículo 2 a)). Teniendo en cuenta que se estimó que la contraprestación era parte del contrato de cesión, el cual, con excepción de los artículos 13 a 16 y 28, no es objeto del proyecto de convención, el Grupo de Trabajo decidió no ocuparse de las cesiones a título de donación.

47. En cuanto a la cesión de salarios (o de pensiones), el Grupo de Trabajo acordó dejar el asunto a otra ley. Si esas cesiones están prohibidas conforme a la ley nacional, el proyecto de convención no afectará esa prohibición. Cuando, sin embargo, no estén prohibidas por la ley nacional, con miras a preservar prácticas importantes, como la financiación de servicios de empleo temporal, el proyecto de convención no hará nada por invalidarlas. Sin embargo, ese resultado puede no lograrse a menos que se haga referencia específica a las limitaciones legales relativas a los créditos personales o similares en el artículo 9, que hace válidas las cesiones de créditos futuros, sin hacer excepción en cuanto a los derechos personales, que pueden no ser transferibles con arreglo a la ley nacional (véanse también sobre esta cuestión los párrs. 84 y 85).

48. No se pretende que el proyecto de convención comprenda la cesión del derecho a aducir un compromiso independiente, juntamente con los documentos que requiera, y solicitar el pago (tal vez desee la Comisión declararlo así expresamente en el artículo 4). Sin embargo, la cesión del producto del pago de un compromiso independiente queda comprendida en el proyecto de convención, con la protección adicional que introduce el artículo 5 para el garante/emisor de ese compromiso. En cuanto a la cesión de créditos derivados de la venta o arrendamiento de equipo móvil de gran valor, el Grupo de Trabajo decidió que no debía excluirse. Se estimó que el artículo 36 era suficiente para resolver cualquier conflicto con el anteproyecto de convención que se preparaba (véase el párr. 213; sobre la cesión de créditos distintos de los comerciales, véanse los párrs. 50 a 54). A fin de reducir las posibilidades de esos conflictos, tal vez desee la Comisión examinar si la cesión de créditos

nacidos de la venta o arrendamiento de equipo móvil de gran valor, debe tratarse de la misma forma que las cesiones de créditos no comerciales (es decir, si se debe dar eficacia a las limitaciones contractuales de la cesión hasta el punto de invalidar la cesión en general, o sólo contra el deudor). El párrafo 5) del artículo 12 sería suficiente para preservar cualquier forma de requisitos de registro relativos a los derechos de garantía y otros derechos de apoyo sobre equipo móvil de gran valor, y el artículo 24 para garantizar que cualquier conflicto de prelación quedará sometido al anteproyecto de convención si el deudor estaba situado en un Estado Parte en el anteproyecto de convención.

49. Para favorecer la aceptabilidad del proyecto de convención, el párrafo 2, que aparece entre corchetes, ya que aún no ha sido adoptado por el Grupo de Trabajo, tiene por fin garantizar que los Estados tengan la posibilidad de excluir otras prácticas. Ese método puede ser necesario de no llegarse a un acuerdo sobre las prácticas que se han de excluir en el párrafo 1), o con objeto de prever problemas que puedan presentarse en el futuro. Sin embargo, un posible inconveniente de ese enfoque sería que el ámbito del proyecto de convención podría variar según los Estados, con la consecuencia de que, dada la multiplicidad de partes que intervienen y la posibilidad de que uno o más pero no todos los Estados potencialmente afectados puedan haber formulado una declaración, no sería fácil de determinar y el alcance exacto del proyecto de convención.

[Artículo 5. Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales

Variante A

- 1) Los artículos 17, 18, 19, 20 y 22 no afectarán a los derechos y obligaciones del deudor respecto de un crédito que no sea comercial, salvo en la medida en que el deudor lo consienta.
- 2) Pese a lo dispuesto en los párrafos 2) del artículo 11 y 3) del artículo 12, el cedente que ceda un crédito no comercial no responderá ante el deudor por el incumplimiento de una limitación sobre la cesión descrita en el párrafo 1) del artículo 11 o en el párrafo 2) del artículo 12, y ese incumplimiento no tendrá ninguna consecuencia.

Variante B

Los artículos 11 y 12 y la sección II del capítulo IV serán únicamente aplicables a las cesiones de créditos comerciales. Respecto de las cesiones de créditos no comerciales, los supuestos regulados en esos artículos se resolverán con arreglo a la ley aplicable a tenor de las normas de derecho internacional privado.]

Referencias

A/CN.9/466, párrs. 60 a 77.

Comentario

50. El artículo 5, que figura entre corchetes ya que no ha sido aprobado por el Grupo de Trabajo, tiene por objeto ocuparse de las necesidades especiales de las prácticas que entrañan, por ejemplo, permutas y derivados, inversiones a corto plazo (*repos*), créditos de operaciones de cámaras de compensación, cuentas de depósito, cuentas de valores, y créditos de seguro y créditos derivados de compromisos independientes. En esas prácticas, es esencial asegurarse de que la posición del deudor no cambie a consecuencia de una cesión, sin su consentimiento (es decir, que el deudor podrá hacer caso omiso de cualquier modificación, cancelar su deuda como se estipule en el contrato de origen, conservar todas sus excepciones y derechos de compensación, y modificar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario).

51. Con respecto a las permutas y derivados en particular, el enfoque del artículo 5 parece justificarse por el hecho de que es intrínseco a esas operaciones financieras el que una parte pueda ser deudora o acreedora y, por definición, los pagos se compensan entre sí para obtener un saldo neto. Como consecuencia, si se suprime un pago, toda la operación puede deshacerse. En otras palabras, la cesión puede aumentar el riesgo del crédito que una parte tuvo en cuenta al intervenir en la operación. En vista de la importancia de esas operaciones para los mercados financieros internacionales y de su volumen, esa situación podría crear un riesgo sistémico que afectara al sistema financiero en su totalidad. El mismo flujo de pagos en ambos sentidos y la necesidad de preservar el carácter recíproco de los pagos puede existir con respecto a las operaciones de cámara de compensación. En cuanto a los *repos*, habría que garantizar que una parte no se encuentre con que su obligación de pagar ha sido cedida y ejecutada por otra, mientras que la contraparte original rehúsa devolver la garantía.

52. Por lo que se refiere a otros tipos de créditos (cesiones de saldos de cuentas de depósito, créditos de seguro e ingresos de compromisos independientes), el enfoque del artículo 5 puede ser necesario por distintas razones. Con respecto a los compromisos independientes, por ejemplo, hay que evitar trastornar prácticas bien asentadas o contradecir la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995) (“Convención sobre Garantías y Crédito Contingente”). El párrafo 1) del artículo 11 y el párrafo 2) del artículo 12 serían contrarios al artículo 10 de esa Convención, en virtud del cual el beneficiario no puede ceder ningún ingreso sin el consentimiento del garante/emisor. En cuanto a las cuentas de depósito y las cuentas de valores, es esencial garantizar que no se vean afectados los derechos de compensación de la institución depositaria o del corredor de bolsa.

53. En ambas variantes, A y B, se definen los créditos por referencia al concepto bien conocido de “créditos comerciales”. Este método tiene la ventaja de evitar la necesidad de definir el término “créditos de financiación”, que no se entiende universalmente del mismo modo y cuyo sentido cambia al surgir nuevas prácticas. En cambio, al referirse a todo crédito que no sea comercial, el artículo 5 puede hacer que, sin buscarlo, se excluyan operaciones que no debieran excluirse. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión definir de una forma más específica las prácticas excluidas. La principal diferencia entre las variantes A y B estriba en que, en la variante A, la cesión puede ser válida entre el cedente y el cesionario, y sólo sus efectos contra el deudor se dejan a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, mientras que, en la variante B, tanto la validez como la eficacia de una cesión se dejan totalmente a esa ley aplicable fuera del proyecto. Otra diferencia es que, al contrario que la variante B, la variante A da al deudor el derecho a consentir en la aplicación del proyecto de convención a sus propios derechos y obligaciones. Otra diferencia más es que, en la variante A, el deudor no tendría derecho a revocar el contrato de origen por el incumplimiento de alguna limitación contractual de la cesión.

54. La utilidad de mantener la validez de la cesión entre el cedente y el cesionario está en que esa validez es requisito para lograr la prelación. Si el deudor paga al cedente, el cesionario tiene una reivindicación de titularidad sobre el crédito cedido. Ese método pretende facilitar las prácticas en que el cedente recibe pagos en nombre del cesionario, conservando esos ingresos separados de sus otros bienes (por ejemplo, en la bursatilización o el descuento no divulgado de facturas). Además, el método tiende a mantener para los cedentes, cesionarios, terceros acreedores y deudores que den su consentimiento, en las prácticas que supongan la cesión de créditos de financiación o de créditos tanto comerciales como de financiación, las principales ventajas del proyecto, que no pueden garantizarse por contrato, ya que normalmente son parte del derecho imperativo (por ejemplo, la validez de las cesiones de créditos futuros y de las cesiones en bloque, así como las normas de prelación del proyecto de convención).

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 6. Definiciones y reglas de interpretación

Para los efectos de la presente Convención:

a) por “contrato de origen” se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido;

b) por “crédito existente” se entenderá todo crédito que nazca antes o en el momento de concluirse el contrato de cesión; por “crédito futuro” se entenderá todo crédito que nazca después de concluirse el contrato de cesión;

[c) por “financiación por cesión de créditos” se entenderá toda operación en la que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos a cambio de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye prácticas como el facturaje (*factoring*), el facturaje de pago a plazos garantizado (*forfaiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación;]

d) por “escrito” se entenderá toda forma de información que sea accesible para su ulterior consulta. Cuando la presente Convención exija que un escrito esté firmado, se habrá cumplido con dicho requisito siempre que, por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con la persona que deba firmar, el escrito identifique a esa persona e indique que su contenido goza de su aprobación;

e) por “notificación de la cesión” se entenderá toda comunicación escrita que identifique suficientemente a los créditos cedidos y al cesionario;

f) por “administrador de la insolvencia” se entenderá toda persona u órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del cedente;

g) por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, en el que los bienes y negocios del cedente estén sujetos al control o la supervisión de un tribunal o de otra autoridad competente a los efectos de su reorganización o liquidación;

h) por “prelación” se entenderá la preferencia de que goza el derecho de una parte sobre el derecho de otra;

i) i) una persona está situada en el Estado en donde tenga su establecimiento;

ii) cuando el cedente o el cesionario tengan más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el lugar donde se ejerza su administración central;

iii) cuando el deudor tenga más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen;

iv) cuando una persona no tenga establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa persona;

j) por “ley” se entenderá toda norma jurídica que esté vigente en un Estado, con exclusión de las normas de derecho internacional privado;

k) por “producto” se entenderá todo lo que se reciba como pago u otra forma de ejecución total o parcial de un crédito cedido. Este término incluye todo lo que se reciba en concepto de producto, pero no incluye las mercancías restituidas.

[1] por “crédito comercial” se entenderá todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o el arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios distintos de los financieros.]

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 52 a 60

A/CN.9/445, párrs. 180 a 190

A/CN.9/432, párrs. 70 a 72, 94 a 105

A/CN.9/456, párrs. 53 a 78

A/CN.9/434 párrs. 78 a 85, 109 a 114, 167 y 244

A/CN.9/466, párrs. 25 a 31, 46 a 49 y 94 a 100

Comentario

“Contrato de origen”

55. El contrato de origen, que se utiliza como punto de referencia en los artículos 6 i), 17, 18 1), 19 1), 20 1), 22 2) b) y 23, es la fuente del crédito cedido. Con excepción de las disposiciones que establezcan expresamente otra cosa (por ejemplo los artículos 9 a 12 y 17 a 23), no se pretende que el proyecto de convención afecte al contrato de origen.

Crédito “existente” y “futuro”

56. Los proyectos de artículo 9 (eficacia de la cesión) y 10 (momento de la cesión) se refieren a los créditos “existentes” y “futuros”. La distinción entre créditos existentes y futuros se basa en el momento de la conclusión del contrato de origen. Un crédito nacido de un contrato que se haya concluido antes o en el momento de la cesión se considera crédito existente, aunque no venza hasta una fecha futura o dependa de una contraprestación o de algún otro acontecimiento expresado. La definición cubre toda la gama de créditos futuros, incluidos los condicionales (es decir, los que nazcan de un acontecimiento futuro que ocurra) y los puramente hipotéticos (es decir, los que nazcan de una actividad no iniciada aún por el cedente en el momento de la cesión) (véase el párr. 89 con respecto a la limitación introducida en el artículo 9). El significado exacto de la expresión “celebrarse el contrato” se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En cualquier caso, “celebrarse” no pretende referirse al cumplimiento del contrato.

“Financiación por cesión de créditos”

57. La expresión aparece entre corchetes en el preámbulo y en el párrafo 3) del artículo 13. Tal vez desee la Comisión suprimirla y, posiblemente, hacer referencia a la financiación por cesión de créditos únicamente en el preámbulo (véase el párr. 5).

“Escrito”

58. Se hace referencia a este término en los artículos 6 e) 19 1) y 5), 21 1) y 3), 41 2) y 4), y 44 1) del proyecto de convención y en el artículo 5 del anexo. La definición tiene por fin abarcar otros medios de comunicación, aparte de los basados sobre el papel, que puedan desempeñar las mismas funciones que la comunicación sobre papel (por ejemplo, suministrar pruebas tangibles, servir de advertencia a las partes con respecto a las consecuencias, o proporcionar una comunicación legible, autenticación y seguridades suficientes en cuanto a su integridad). Se inspira en los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y refleja las dos nociones diferentes de “escrito” y “firma”.

59. Sobre la hipótesis de que la necesidad de mayores garantías en cuanto a la autenticidad de las comunicaciones debe evaluarse de distinta forma en función del contexto en que se realice la comunicación, el

proyecto de convención exige un escrito para la notificación de la cesión y otro escrito firmado por el deudor para su renuncia a oponer excepciones. También se requiere la escritura para las declaraciones de los Estados y para ciertos actos relacionados con el registro. Por “accesible” se quiere dar a entender que la comunicación sea legible e interpretable; “sea” se refiere no sólo a la utilización por una persona física sino también por un ordenador; “y ulterior consulta” fija una norma afín a la implícita en una noción como la de durabilidad (aunque sin referirse a la interpretación estricta de la noción de durabilidad de ciertos ordenamientos jurídicos, como equivalente a no alterabilidad), pero más objetiva que la que entrañan nociones como legibilidad o inteligibilidad (véase la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo, párr. 50). La firma se define por referencia a la identificación del firmante y la indicación de la aprobación por éste del contenido de la comunicación.

“Notificación de la cesión”

60. La expresión se utiliza en los artículos 15, 16, 18, 19, 20 2) y 22. Una notificación satisface los requisitos del proyecto de convención si se hace por escrito e identifica suficientemente los créditos cedidos y al cesionario. Si una notificación no reúne esos requisitos, no será eficaz con arreglo al proyecto de convención (es decir, no producirá un cambio de la forma en que el deudor podrá liberarse de su obligación, ni afectará a los derechos de compensación del deudor o a su derecho a modificar el contrato de origen de acuerdo con el cedente). Sin embargo, la cuestión de si esa notificación es válida con arreglo a la ley aplicable fuera del proyecto de convención queda sometida a esa ley. En particular, si a raíz de una notificación no conforme el deudor paga a la persona con derecho al pago (tanto con arreglo al proyecto de convención como a otra ley aplicable), el deudor, en virtud del párrafo 6) del artículo 19, quedará liberado (véase el párr. 142).

61. En qué consiste una descripción suficiente en cada caso concreto es cuestión que habrá que determinar en vista de las circunstancias. En general, no sería necesario manifestar si se trata de una cesión incondicional o de una cesión a título de garantía, ni identificar específicamente al deudor de la suma. Sería suficiente una identificación general, como: “todos mis créditos procedentes de mi negocio de automóviles, a X” o “todos mis créditos frente a mis clientes en los países A, B y C, a Y”. Sin embargo, en el caso de una cesión parcial, puede no ser necesario especificar en la notificación la suma cedida (sobre las cesiones parciales véanse los párrs. 32 a 34 y 91). Además, aunque la notificación debe identificar suficientemente al cesionario para que sea eficaz con arreglo al proyecto de convención, no necesita identificar al perceptor (es decir, la persona a quien o por cuya cuenta, o la dirección a la que el deudor debe pagar). En consecuencia, una notificación que no contenga instrucciones de pago será eficaz con arreglo al proyecto de convención (artículo 19 2)). Sin embargo, dado que, conforme al proyecto de convención, una notificación cambia la manera en que el deudor puede liberarse de su deuda, se alentaría a las partes a que incluyeran en su notificación esa instrucción de pago. El Grupo de Trabajo basó la liberación del deudor en la notificación y no en las instrucciones de pago, con objeto de evitar confundir al deudor en los casos en que ambas comunicaciones puedan ser enviadas por separado o en que varias personas puedan enviar varias comunicaciones al deudor.

“Administrador de la insolvencia” y “Procedimiento de insolvencia”

62. La expresión “administrador de la insolvencia” se utiliza en los artículos 24 a) iii) y 30 1) a) iii) del proyecto de convención y en los artículos 2 y 7 del anexo. La expresión “procedimiento de insolvencia” se utiliza en el artículo 25 del proyecto de convención y en los artículos 2 y 7 del anexo. Sus definiciones se han inspirado en las definiciones de “procedimiento extranjero” y “representante extranjero” contenidas en los apartados a) y d) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza. Son también compatibles con los artículo 1 1) y 2 a) y b) del Convenio Europeo sobre procedimientos de insolvencia. Al referirse a la finalidad de un procedimiento o la función de una persona, en lugar de emplear expresiones técnicas que pueden tener significados diferentes en los diferentes ordenamientos jurídicos, las definiciones son suficientemente amplias para abarcar una amplia gama de procedimientos de insolvencia, incluidos los provisionales. Con este criterio se procura evitar que un Estado Contratante reconozca como procedimiento de

insolvencia, o su administrador, un procedimiento o una persona que no tenga tal carácter conforme a la *lex loci concursus*, o no pueda reconocer, como procedimiento de insolvencia o administrador, un procedimiento o una persona que tenga ese carácter conforme a dicha ley.

“Prelación”

63. El término “prelación” se utiliza en los artículos 16, 24, 25 2), 26, 27, 30 y 40 del proyecto de convención, así como en los artículos 1, 2, 6 y 7 del anexo. Prelación significa que una parte puede satisfacer su reclamación con preferencia a otros reclamantes. La prelación no significa validez (en el proyecto de convención se usa en cambio el término “eficacia” para indicar los efectos de propiedad que produce la cesión). Presupone una cesión válida (la validez sustantiva o material se trata en el capítulo III, mientras que la validez formal se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención; véase en los párrs. 80 a 82 una sugerencia de la Secretaría en relación con la ley aplicable a la validez formal).

64. Además, prelación no significa que un reclamante tenga un derecho de propietario (*in rem*) en lugar de un derecho personal (*ad personam*). Esta cuestión se deja a la ley del lugar del cedente (artículos 24 y 26). Por añadidura, la prelación no prejuzga la cuestión de si el cesionario que la tenga conservará todos el producto del pago o devolverá cualquier saldo existente al cedente o al siguiente reclamante en orden de prelación. Esta cuestión depende de si se trata de una cesión incondicional o de una cesión a título de garantía, cuestión que se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención (artículo 24). La prelación tampoco afecta a la liberación del deudor. El deudor que pague de conformidad con el artículo 19 (o, si este artículo no es aplicable, de conformidad con la ley aplicable con arreglo al artículo 29) quedará liberado, aunque el pago se haga a un cesionario que no tenga prelación (de conformidad con el artículo 24 o, si éste no es aplicable, con el artículo 30). La cuestión de si el cesionario conservará el producto del pago es una cuestión de prelación que deberá resolverse entre los diversos reclamantes con arreglo a la ley aplicable en virtud del artículo 24 (o del artículo 30).

65. La definición no se refiere al derecho al pago, ya que, aunque la expresión sea apropiada para las cesiones a título de garantía, puede resultar restrictiva en las cesiones incondicionales, en las que el cesionario, por ejemplo, puede tener derecho a recibir las mercancías devueltas por el deudor al cedente. Tras la decisión del Grupo de Trabajo de excluir los bienes restituidos de la definición de producto, a los efectos de las normas de prelación del proyecto de convención, tal vez desee la Comisión revisar la definición de prelación para hacer referencia al derecho de pago. Quizá desee examinar también si la aplicación combinada de los artículos 6 h), 9 y 24 a) i) resulta suficiente para garantizar que más de una cesión de los mismos créditos hecha por el mismo cedente pueda ser eficaz. Este resultado se supone en el artículo 24 a) i), que se refiere a un conflicto de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos cedidos por el mismo cedente. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos esta cuestión no plantea un problema de prelación sino de eficacia (*nemo dat quod non habet*). Como consecuencia, en esas jurisdicciones la primera cesión puede considerarse eficaz en virtud del artículo 9 y toda cesión ulterior ineficaz con arreglo al derecho nacional, por falta de título (cuestión de la que no se ocupa el artículo 9, que trata de los efectos de propiedad de la cesión, aunque sí en el artículo 14, que trata del contrato de cesión). En esos supuestos, el artículo 24 puede no ser aplicable nunca.

“Ubicación”

66. Se hace referencia a este término varias disposiciones del proyecto de convención (es decir, artículos 1 1) a) y 2), 3, 4 2), 17 2), 21 1), 23, 24, 25, 30, 35 3), 36, 37 y 39). Sin embargo, las dos cuestiones principales en que se hace referencia a la “ubicación” son el ámbito de aplicación y las cuestiones de prelación. La definición se propone encontrar un equilibrio entre flexibilidad y certidumbre. El establecimiento es un término conocido, muy usado en los textos de la CNUDMI y en otros textos jurídicos internacionales, y sobre el que existe abundante jurisprudencia. Se utiliza para indicar un lugar en que se realizan las actividades profesionales de una persona o una entidad. A los efectos de la aplicación de la ley de un Estado, varios establecimientos situados

en un mismo Estado se consideran como un solo establecimiento. A fin de asegurar un grado suficiente de previsibilidad de la aplicación del proyecto de convención con respecto al deudor, en el supuesto de que tenga múltiples establecimientos, se hace referencia al lugar que mayor relación tenga con el contrato de origen. En cambio, para asegurar que las cuestiones de prelación se sometan a una sola jurisdicción (y que ésta sea aquella en que con más probabilidad se iniciará un procedimiento principal de insolvencia), el apartado i) del artículo 6 dispone que, si el cedente (o el cesionario) tienen más de un establecimiento, se entenderá por “establecimiento” el lugar de administración central. La norma contenida en ese apartado i) del artículo 6 se aplica a todo el proyecto de convención, a fin de evitar definir el “establecimiento” de forma diferente para diferentes fines. Este método podría complicar la aplicación del proyecto de convención e incluso llevar a resultados incoherentes.

67. El lugar de administración central es afín al centro de intereses principales (expresión utilizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza), oficina ejecutiva principal o establecimiento principal. Todos esos términos se entienden en el sentido de centro de gestión y control, el auténtico centro de operaciones, desde el que se controlan de hecho y no sólo formalmente las actividades importantes de una entidad y se adoptan realmente las decisiones firmes tomadas al más alto nivel (sin tener en cuenta el lugar en que estén situados la mayoría de los bienes, o la contabilidad y los archivos), y no la gestión cotidiana de los asuntos y operaciones de la entidad. Sin embargo, a diferencia de la Ley Modelo de la CNUDMI, en la que se establece una presunción *juris tantum* en el sentido de que el centro de intereses principales es el domicilio social (artículo 16 3)), el proyecto de convención no introduce una norma de “puerto seguro”. La razón de este enfoque es que, a diferencia de la Ley Modelo de la CNUDMI, cuyo centro de atención principal es la insolvencia, el proyecto de convención se centra principalmente en la planificación anticipada de la financiación de un deudor solvente y, para facilitar esa planificación, es absolutamente necesario definir la ubicación por referencia a una jurisdicción única y fácilmente determinable.

68. En la mayoría de los casos será fácil determinar el lugar de administración central. Sin embargo, ese lugar puede no resultar tan claro como el lugar de constitución (ubicación formal), por ejemplo cuando el lugar de ejercicio de la autoridad central se distribuya de forma tan igual entre dos o más países que la elección de uno de ellos sea imposible; y en el supuesto de las sociedades filiales, en donde el auténtico control administrativo reside en la empresa matriz. No obstante, el lugar de constitución presenta el inconveniente de que en muchos ordenamientos jurídicos no es una noción conocida y su utilización plantearía el problema de la aplicación de la ley de una jurisdicción sin relación estrecha con el contrato de cesión, y que puede no tener una legislación desarrollada. La referencia al lugar de administración central y la creación de una presunción simple a favor del lugar de constitución ofrecería una solución para este problema, pero se traduciría sin quererlo en una disminución del grado de certidumbre logrado con la norma de la ubicación en el lugar de administración central. En cualquier caso, en las situaciones excepcionales en que el lugar de administración central no apunte directamente a una sola jurisdicción, las partes no estarán en peor situación que hoy y se esforzarán por asegurar que sus intereses sean efectivos y aplicables en toda jurisdicción en que pueda estar situado el cedente.

69. La definición de “ubicación” no resuelve el problema de someter las operaciones de las filiales a la ley de la oficina central (en particular, los problemas de prelación que puedan surgir en los supuestos en que se cedan los mismos créditos por una o más filiales y la oficina central, o por diferentes filiales a diferentes cesionarios). A fin de ocuparse de este problema, el Grupo de Trabajo, en su 31º período de sesiones, examinó una excepción para las sucursales bancarias sólo, o también para otras ramas de actividad, pero no pudo llegar a un consenso (A/CN.9/466, párrs. 25 a 30, 96 y 97). Al terminar el 31º período de sesiones se hizo una sugerencia con respecto a las sucursales de proveedores de servicios financieros, que el Grupo de Trabajo, por falta de tiempo, no pudo examinar (A/CN.9/466, párrs. 98 y 99). La justificación de esa excepción limitada es que las instituciones financieras suelen realizar operaciones en el extranjero por medio de sucursales, de forma que puedan recurrir a su capital en su totalidad (y no sólo al depositado, por ejemplo, para las operaciones de una entidad separada, como una filial); y que sus sucursales suelen estar sometidas al derecho del Estado en que operan.

70. De conformidad con el texto propuesto, en el caso de una sucursal de un proveedor de servicios financieros con más de un establecimiento, se entenderá por “establecimiento” del cedente y del cesionario el lugar en que esté situada la sucursal en cuyos libros figure el crédito inmediatamente antes de la cesión. “Proveedor de servicios financieros” se define por referencia a un “banco u otra institución financiera” (por ejemplo, un corredor de valores) y a “depósitos”, “préstamos” u “otros servicios financieros”. El significado exacto de esos términos se deja a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Se define la “sucursal” por referencia a un establecimiento distinto del lugar de administración central. Las palabras “se lleva en los libros” se definen por referencia a “normas [contables] [reglamentarias]”, cuyo significado exacto se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. Si se introduce una excepción a la norma de ubicación con respecto a las sucursales de las instituciones financieras, sería necesario hacerla también con respecto a otras ramas de actividad en que se utiliza una estructura basada en sucursales (por ejemplo, las de seguros). Cuanto más amplia sea la excepción, más quedará en entredicho la idoneidad de la norma de la administración central. Tal vez desee la Comisión, al deliberar sobre la cuestión de la “ubicación” de las filiales, tener en cuenta el artículo 1 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito (“para los efectos de determinar el ámbito de esta ley, las sucursales y las oficinas separadas de un banco situadas en Estados diferentes serán consideradas como bancos distintos”). Como cuestión de redacción, quizá desee la Comisión volver a redactar el apartado i) del artículo 6 en el siguiente sentido: “Por ‘ubicación’ se entenderá el Estado en que una persona tenga su establecimiento. Cuando ... [texto de los incisos ii) a iv), en un solo párrafo]”. Tal vez desee también examinar la colocación del apartado i) del artículo 6 en el texto del proyecto de convención (véase el párr. 13).

“Ley”

71. El término “ley” figura en el preámbulo y en los artículos 1 2), 5, variante B, 8 2), 12 1), 4) y 5), 21, 23 a 25, 28 a 32, 35 y 40 2). La definición de “ley” tiene por objeto hacer que se evite el *renvoi*. Si la “ley” incluyera las disposiciones de derecho internacional privado, cualquier cuestión podría someterse a una ley distinta de la aplicable en virtud de las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención. Ese resultado contradeciría la certidumbre de la ley aplicable que buscan esas disposiciones. Tal vez desee la Comisión definir la “ley” para el caso de un Estado federal con más de un ordenamiento jurídico (sobre la aplicación del proyecto de convención en el caso de los Estados federales, véase el párr. 29). Se podría considerar la inclusión de un texto redactado en los siguientes términos: “En el supuesto de un Estado con dos o más unidades territoriales en las que se apliquen diferentes ordenamientos jurídicos en relación con cuestiones tratadas en la presente Convención, se entenderá por “ley” la de la unidad territorial determinada en las normas vigentes en ese Estado que determinen la ley de la unidad territorial aplicable. A falta de esas normas, se entenderá por “ley” la de la unidad territorial con la vinculación pertinente”. Tal vez desee la Comisión examinar si sería necesaria cualquier otra cláusula de interpretación en relación con los Estados federales (por ejemplo, con respecto al significado de “ubicación”).

“Producto”

72. El término “producto” aparece en los artículos 12 1), 16 1), 24 b) y 26. Su definición tiene por objeto abarcar tanto el producto de los créditos como el producto del producto (por ejemplo, si se paga el crédito por medio de un cheque, éste será el “producto”, y la suma en efectivo recibida por el perceptor del cheque será el “producto del producto”). Tiene también por objeto abarcar el producto en efectivo (“pago”) y el producto en especie (“otra forma de ejecución”) recibidos para satisfacer total o parcialmente el crédito cedido. En particular, se propone abarcar las mercancías recibidas en cancelación total o parcial del crédito cedido, pero no las restituidas (por ejemplo, porque eran defectuosas y se rescindió el contrato de venta, o porque éste permitía al comprador devolver las mercancías tras un período de prueba). Sin embargo, en lo que se refiere a las relaciones entre el cedente y el cesionario, éste tiene un derecho sobre las mercancías restituidas (véase el párr. 126).

“Crédito comercial”

73. La definición de “crédito comercial”, término que figura en el artículo 5, está de acuerdo con el entendimiento general de este término codificado en el Convenio de Ottawa. No obstante, a diferencia del Convenio de Ottawa, el apartado l) excluye los créditos nacidos de servicios financieros.

Artículo 7. Autonomía de las partes

El cedente, el cesionario y el deudor podrán de común acuerdo hacer excepciones a las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. Ese acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él.

Referencias

A/CN.9/432, párrs. 33 a 38

A/CN.9/445, párrs. 191 a 194

A/CN.9/434, párrs. 35 a 41

A/CN.9/456, párrs. 79 y 80

Comentario

74. El artículo 7, inspirado en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980 (“Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa”), reconoce ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. El cedente, el cesionario y el deudor pueden apartarse de las disposiciones del proyecto de convención. No obstante, a diferencia del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, el artículo 7 no permite a las partes apartarse de las disposiciones que afecten a la posición jurídica de terceros ni excluir en su totalidad el proyecto de convención. En consecuencia, el cedente y el cesionario sólo podrán apartarse de lo dispuesto en los artículos 13 a 16 y 28, mientras que el cedente y el deudor podrán hacerlo libremente de lo dispuesto en los artículos 17 a 23, siempre que no perjudiquen los derechos de terceros. La razón de este enfoque diferente es que, mientras la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa trata de los derechos y obligaciones recíprocos del comprador y el vendedor, el proyecto de convención se ocupa principalmente de los efectos de propiedad de la cesión y, por consiguiente, puede tener repercusiones en la posición jurídica del deudor y de otros terceros. Permitir a las partes en un acuerdo afectar a los derechos y obligaciones de terceros no sólo iría más allá de toda noción aceptable de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que introduciría además un grado indeseable de incertidumbre, con lo que podría frustrar el principal objetivo del proyecto de convención, que es facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo y establecer, al mismo tiempo, un sistema adecuado de protección del deudor.

75. Como el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, el artículo 7 exige un acuerdo, es decir, dos declaraciones de intención concordantes, para que se pueda excluir eficazmente, en parte, el proyecto de convención. Un ejemplo típico de exclusión parcial implícita se da cuando las partes se remiten a la ley de un Estado no contratante o a la ley interna de un Estado Contratante. Se pretende que el artículo 7 se aplique a un acuerdo entre el cedente y el cesionario (serán “terceros” el deudor, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia) y a un acuerdo entre el cedente y el deudor (serán “terceros” el cesionario, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia). Tal vez desee aclarar la Comisión si el artículo 6 debe aplicarse también a un acuerdo entre el cesionario y el deudor (por ejemplo, uno en el que el deudor renuncie a sus excepciones frente al cesionario a cambio de una concesión, como la reducción de la tasa de interés o la prórroga del plazo de pago. Esos acuerdos no quedan comprendidos y, por consiguiente, no están limitados por el artículo 21 (véase el párr. 150).

Artículo 8. Principios de interpretación

- 1) En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Referencias

A/CN.9/432, párrs. 76 a 81
A/CN.9/434, párrs. 100 y 101

A/CN.9/445, párrs. 199 y 200
A/CN.9/456, párrs. 82 a 85

Comentario

76. El artículo 8, inspirado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, trata de la interpretación y el modo de llenar las lagunas del proyecto de convención. Con respecto a la interpretación del proyecto de convención, el proyecto del párrafo 1 de artículo 8 se refiere a tres principios, a saber, el carácter internacional del texto, la uniformidad y la buena fe en el comercio internacional. Estos principios son comunes a la mayoría de los textos de la CNUDMI. La referencia al carácter o a la fuente internacional del texto debería inducir a los tribunales a evitar la interpretación del proyecto de convención sobre la base de nociones del derecho nacional, a menos que el significado de una expresión utilizado en el proyecto de convención fuera claramente idéntico a su significado conforme a una ley nacional en particular o se dejara claramente a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. La necesidad de preservar la uniformidad puede llenarse sólo si los tribunales judiciales o arbitrales aplican los principios generales subyacentes al proyecto de convención y tienen en cuenta las decisiones de los de otros países. La Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT), sistema de información sobre la jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, ha sido creada por ésta exactamente teniendo presente la necesidad de preservar la uniformidad (CLOUT puede obtenerse sobre papel en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y por conducto de la página de presentación de la CNUDMI en la *World Wide Web* (<http://www.uncitral.org>), en español, francés e inglés; según los recursos de que se disponga, se pondrán a disposición en el futuro también las versiones en los demás idiomas).

77. La referencia a la buena fe se aplica sólo a la interpretación del proyecto de convención. Si, como consecuencia de una interpretación *contra legem* se aplica a la conducta de las partes, deberá hacerse con prudencia. Mientras que el principio de la buena fe se aplicaría con propiedad a la relación contractual entre el cedente y el cesionario, o el cedente y el deudor, podría socavar la certeza del proyecto de convención si se aplicase a la relación entre el cesionario y el deudor, o el cesionario y algún otro reclamante. Por ejemplo, si hubiera que aplicar el principio de la buena fe que prevalece en el Estado del foro a la relación entre el cesionario y el deudor, o el cesionario y un tercero, el deudor que pueda haber pagado al cesionario después de la notificación quizá tenga que pagar de nuevo si, por ejemplo, supo de una cesión anterior; y se podría desechar la ley aplicable conforme al artículo 24, si ésta no respetase el principio de la buena fe tal como pueda ser entendido en el Estado del foro.

78. En cuanto a colmar lagunas, la norma es que, si las materias se rigen por el proyecto de convención con arreglo al capítulo I pero no están en él expresamente resueltas, tendrán que colmarse de conformidad con los principios generales en que se inspira el proyecto de convención. Entre esos principios figuran con especial relieve los expresamente mencionados en el preámbulo o consagrados en varias disposiciones del proyecto (por ejemplo, el principio de la facilitación de un mayor acceso al crédito de bajo costo y el principio de la protección del deudor). Sólo se permite recurrir a las normas de derecho internacional privado cuando: no hay ningún

principio sobre cuya base se pueda resolver, o si el asunto no se rige en absoluto por el proyecto de convención. Las lagunas dejadas en las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención se colmarán de conformidad con los principios de derecho internacional privado en que se inspira el proyecto. A falta de esos principios, se colmarán de conformidad con las normas de derecho internacional privado del foro.

79. Las cuestiones que no se rigen por el proyecto de convención y se dejan a la ley aplicable fuera del proyecto en virtud de las normas de derecho internacional privado incluyen, pero no exclusivamente, los requisitos y las consecuencias jurídicas de una cesión incondicional, una cesión incondicional con fines de garantía y una cesión a título de garantía; la cuestión de la forma del contrato de cesión; el carácter accesorio o independiente de un derecho de garantía, que es la base para determinar si se transfiere automáticamente con los créditos cuyo pago garantiza o se necesita un nuevo acto de transferencia; y las consecuencias de la inexactitud de las circunstancias declaradas por el cedente. El proyecto de convención comprende la transferibilidad legal en la medida en que especifica varios créditos que son transferibles, incluidos los créditos futuros y los créditos no determinados individualmente, pero deja a otra ley otras las limitaciones legales (relativas, por ejemplo, a pensiones o salarios). Las cuestiones que se dejan a la ley aplicable fuera del proyecto de convención incluyen también la de si el cedente responderá ante el deudor de la cesión de sus créditos con infracción de una cláusula contraria a la cesión; la obligación del deudor de pagar (el proyecto de convención trata sólo de la liberación del deudor); la liberación del deudor por otros motivos distintos de los especificados en el proyecto de convención (por ejemplo, por pagar al reclamante debido cuando la notificación recibida no satisface los requisitos del proyecto de convención); las excepciones y derechos de compensación que el deudor pueda hacer valer contra el cesionario; y los acuerdos entre el deudor y el cesionario por los que el deudor renuncie a sus excepciones y derechos de compensación respecto del cesionario. Además de esas cuestiones, el proyecto de convención remite expresamente algunas cuestiones (por ejemplo, las de prelación) a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, al mismo tiempo que determina esa ley. Si la ley aplicable a todas las cuestiones mencionadas, así como a otras cuestiones no regidas por el proyecto de convención, se determinará sobre la base de las disposiciones del derecho internacional privado del proyecto de convención o del foro, dependerá de que éste se encuentre en un Estado Contratante y de si ese Estado Contratante ha excluido el capítulo V.

CAPÍTULO III. EFECTOS DE LA CESIÓN

Forma de la cesión

Referencias

A/CN.9/420, párrs 75 a 79

A/CN.9/432, párrs. 82 a 86

A/CN.9/434, párrs. 102 a 106

A/CN.9/445, párrs. 204 a 210

A/CN.9/456, párrs. 86 a 92

A/CN.9/466, párrs. 101 a 103

Comentario

80. EL capítulo III regula las cuestiones de la validez material de una cesión con arreglo al proyecto de convención. Sin embargo, no todas las cuestiones relativas a la validez material se resuelven en el proyecto de convención. Entre las que no se tratan en el proyecto y se dejan a la ley aplicable fuera de él se encuentran, por ejemplo, las limitaciones legales para la cesión distintas de las tratadas en los artículos 9, 11 y 12, y las cuestiones relativas a la capacidad y la autoridad. Las cuestiones de validez formal (por ejemplo, si para que una cesión sea válida/eficaz se requiere la escritura, notificación, inscripción o pago de un derecho de timbre) no se tratan en absoluto en el proyecto. El Grupo de Trabajo examinó una amplia variedad de requisitos de forma, desde la escrita (con requisitos de firma o sin ellos) hasta la ausencia de toda forma. La opinión

ampliamente dominante fue que debía exigirse la forma escrita para que la cesión fuera eficaz, al menos frente a terceros. Sin embargo, a fin de evitar invalidar las prácticas verbales en algunos países, el Grupo de Trabajo decidió no introducir un requisito de forma escrita. El Grupo de Trabajo examinó también la cuestión de la ley aplicable a la forma, pero tampoco pudo llegar a un consenso en la materia. La dificultad de tratar la forma estriba en que tiene que desempeñar diversas funciones. Entre las partes, un requisito de forma puede funcionar como advertencia al cedente de la seriedad del compromiso o como prueba que minimice el riesgo de controversias. Frente a terceros, en particular terceros acreedores, el requisito de la forma debe funcionar como protección contra el riesgo de una connivencia fraudulenta en las cesiones verbales (por ejemplo, para fijar una fecha anterior a la cesión o en cuanto al ámbito de los créditos que se ceden).

81. Sin embargo, no tratar la cuestión de la forma en el proyecto de convención producirá incertidumbre. La ausencia de toda norma sobre la forma puede ser interpretada por los usuarios del proyecto de convención de diferentes modos. Puede traducirse en someter las cuestiones de forma a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, o en considerar válida toda cesión, cualquiera que sea su forma. En el primer supuesto, la incertidumbre aumentará con respecto a la validez formal de una cesión hecha con arreglo al proyecto de convención, que es un requisito de prelación (en cuanto al significado “prelación”, véanse los párrs. 63 a 65; esto se ve reforzado por el hecho de que, a diferencia del artículo 24 b), el artículo 24 a) no trata de la “existencia” de un derecho; véanse los párrs. 165 y 170). En este último caso, el cedente, a cambio de una concesión del cesionario, en particular antes de la iniciación de la insolvencia, puede conceder la prelación fijando una fecha anticipada o ampliando el ámbito de la cesión. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión volver a examinar la cuestión de la forma. Sería preferible una norma de derecho sustantivo, pero parece que no sería viable lograr el consenso con respecto a esa norma. Por consiguiente, puede examinarse un enfoque de derecho internacional privado.

82. Tal vez desee la Comisión examinar las siguientes posibilidades alternativas: introducir una norma flexible de acuerdo con la práctica actual del derecho internacional privado con respecto a la validez formal del contrato entre el cedente y el cesionario (la ley aplicable al contrato, la ley del país en donde se concluya o, en el supuesto de contratos entre personas situadas en diferentes países, la ley de uno de éstos; véase el artículo 9 del Convenio de Roma o el artículo 13 de la Convención de México, D.F.), combinando esta norma con otra diferente con respecto a terceros (la ley de la ubicación del cesionario); o bien establecer una norma de “puerto seguro” del siguiente tenor: “Será eficaz una cesión frente a terceros si satisface, *al menos*, los requisitos de forma de la ley del Estado en que esté situado el cesionario (véase el párr. 108 en relación con una norma especial en el supuesto de un crédito respaldado por un derecho de garantía). Una norma que dejara la forma frente a terceros a la ley de la ubicación del cesionario no sería necesariamente contraria a la práctica actual del derecho internacional privado, ya que esta práctica se refiere al contrato de cesión y no a la transferencia de la propiedad en sí, y los requisitos de que una cesión se haga por escrito, se notifique al deudor o se inscriba tienen por objeto establecer un vínculo temporal para las reclamaciones en conflicto y, de esa forma, resolver cuestiones de prelación. En cualquier caso, una norma de “puerto seguro” permitiría a los terceros determinar la eficacia formal de una cesión, como base para la prelación, y estaría de acuerdo con el enfoque adoptado en el artículo 24, sin obstaculizar las tendencias dominantes en el derecho internacional privado.

*Artículo 9. Eficacia de la cesión de créditos en bloque, de
créditos futuros y de fracciones de créditos*

1) La cesión de uno o más créditos, existentes o futuros, en su totalidad o por fracciones, así como de todo derecho indiviso sobre dichos créditos, surtirá efecto si esos créditos están descritos:

- a) individualmente como créditos objeto de la cesión; o

b) de cualquier otra manera, siempre y cuando sean identificables, en el momento de la cesión o, en el supuesto de créditos futuros, en el momento de concluirse el contrato de origen, como créditos objeto de la cesión.

2) Salvo acuerdo en contrario, la cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto en el momento de concluirse el contrato de origen sin que se requiera un nuevo acto de cesión para cada crédito.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 45 a 60

A/CN.9/445, párrs. 112 a 214

A/CN.9/432, párrs. 93 a 112 y 254 a 258

A/CN.456, párrs. 93 a 97

A/CN.9/434, párrs. 122 y 124 a 127

Comentario

83. Las cesiones de créditos futuros, las cesiones de créditos en bloque y las cesiones parciales de intereses indivisos sobre créditos son la base de prácticas financieras significativas (por ejemplo, facturaje, bursatilización, financiación de proyectos, sindicación y participación de préstamos, permutas y derivados). Sin embargo, su eficacia como derecho de propiedad no se reconoce en todos los ordenamientos jurídicos. El artículo 9 se propone dar validez a esas transmisiones de derechos de propiedad sobre créditos.

Transferibilidad legal

84. Al dar validez a las cesiones mencionadas en el párrafo 1), el artículo 9 puede dejar de lado prohibiciones legales que quizá existan en la ley nacional con respecto a esas cesiones. Al dejar de lado esas limitaciones legales, el proyecto de convención no pretende inmiscuirse en las políticas nacionales. Esas políticas se orientan a proteger al cedente para que no enajene su propiedad futura y pueda privarse a sí mismo de medios de subsistencia. A menudo se articulan mediante un requisito de especificidad, que puede no ser posible en el supuesto de una cesión de créditos futuros o de una cesión en bloque. A fin de compensar la necesidad de dar validez a las cesiones mencionadas en el párrafo 1) y la de proteger a los cedentes, el párrafo 1) del artículo 9 requiere que los créditos sean identificables cuando nazcan (es decir, cuando se concluya el contrato de origen) como créditos objeto de la cesión. Además, a fin de no limitar el derecho del cedente a transferir créditos futuros, el proyecto de convención no da prelación a un acreedor sobre otro (por ejemplo, a un cesionario global sobre un modesto proveedor de materiales a crédito con una retención de título que se extienda a los créditos desde la venta de los productos finales del cedente, lo que se deja a la ley nacional), sino que reserva las cuestiones de prelación a la ley nacional. En cuanto a las limitaciones legales que tienen por objeto proteger al deudor en las cesiones mencionadas en el párrafo 1) (como, por ejemplo, en el caso de limitaciones relativas a cesiones parciales), el proyecto de convención no afecta a las políticas nacionales que inspiran esas limitaciones, en la medida en que el deudor tiene que estar situado en un Estado Contratante y, con arreglo al proyecto de convención, no debe tener que realizar gasto alguno adicional a consecuencia de la cesión (véanse los párrs. 32 a 34 y 128).

85. El proyecto de convención no pretende afectar a otras limitaciones legales, tanto si se orientan a proteger al cedente (por ejemplo, reclamantes de salarios o titulares de pensiones de retiro) como a proteger a los deudores (por ejemplo, deudores públicos de consumo). Esta cuestión se deja a la ley nacional aplicable fuera del proyecto de convención. El resultado se encuentra implícito en el artículo 11, que trata sólo de las limitaciones contractuales de la cesión (con respecto a los deudores públicos, véanse los párrs. 213 y 214; en cuanto a los deudores de consumo, véase el párr. 100). Como ese resultado no se declara expresamente en el proyecto de convención, se trataría de una cuestión de interpretación el que esas materias se rigieran por el proyecto de convención aunque las resolviera expresamente, en cuyo caso se aplicaría el párrafo 2) del artículo 8

(es decir, se acudiría primero a los principios generales en que se inspira el proyecto de convención y luego a las normas de derecho internacional privado), o no se regirían en absoluto (es decir, quedarían sometidas a la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro). En cualquier caso, se produciría una incertidumbre que podría tener efectos negativos en la disponibilidad y el costo del crédito. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión examinar si el proyecto de convención debiera ocuparse expresamente de la transferibilidad legal. Este resultado podría lograrse mediante una nueva disposición sobre las limitaciones legales, concebida en los siguientes términos: “La presente Convención no afectará a limitaciones legales de la cesión distintas de las mencionadas en el artículo 9”. Este resultado podría lograrse también excluyendo determinados créditos en el artículo 4 (“créditos personales, como salarios, pensiones, créditos en virtud de operaciones para fines personales, familiares o domésticos y créditos públicos, en la medida en que no sean transferibles con arreglo a la ley por que se rijan”).

Eficacia

86. La expresión “surtirá efecto” tiene por objeto reflejar los efectos de propiedad de una cesión (la expresión “será válida” no hubiera tenido ese efecto y, en cualquier caso, no se entiende en todas partes de la misma forma). El significado exacto de esa eficacia, es decir, si el cesionario tendrá derecho a retener cualquier excedente y las condiciones en que el cesionario podrá tratar de reclamar su crédito frente al deudor o recurrir contra el cedente, dependerá de si se trata de una cesión incondicional o de una cesión a título de garantía, cuestión que se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En cualquier caso, como consecuencia de su derecho de propietario (*in rem*) sobre el crédito cedido, el cesionario podrá reclamar y (si el deudor no alega como excusa la ausencia de notificación, y paga) retener el pago (el deudor podrá liberarse válidamente con arreglo al artículo 9, con independencia de si ha pagado a la persona con prelación). Si el deudor paga a otra persona, el crédito se extingue y la naturaleza *in rem* o *ad personam* del derecho del cesionario y la prelación de este derecho con respecto al producto se determinarán por la ley de la ubicación del cedente (artículo 24 b); véanse los párrs. 165 y 170).

87. Aunque el cesionario adquiere un derecho de propietario sobre el crédito cedido, el efecto de ese derecho se limita a la relación entre el cedente y el cesionario, y frente al deudor. Su eficacia frente a terceros afecta a cuestiones de prelación, y el proyecto de convención trata esas cuestiones como distintas, sometiéndolas a la ley de la ubicación del cedente (artículo 24). Como consecuencia, el artículo 9 debería establecer una limitación legal para la cesión de créditos futuros o de créditos no identificados expresamente, por ejemplo, pero no una norma sobre la prelación entre reclamaciones concurrentes (o con los requisitos de forma legales). Además, en vista de la relación mutua entre la eficacia tratada en el artículo 9 y la prelación tratada en el artículo 24, el artículo 9 no invalidaría la primera cesión en el tiempo, aunque sí toda cesión ulterior de los mismos créditos por el mismo cedente; o bien se traduciría en que el cesionario prevalecería sobre el administrador de la insolvencia por la única razón de que la cesión se hubiera producido antes de la fecha efectiva del procedimiento de insolvencia, aunque los créditos nacieran o vencieran después de iniciado el procedimiento. A fin de reflejar esa relación mutua entre la eficacia entre el cedente y el cesionario y frente al deudor (como condición de prelación) y la eficacia frente a terceros distintos del deudor (prelación), y de evitar dejar por completo la eficacia de las cesiones mencionadas en el párrafo 1) a la ley aplicable a la prelación, el Grupo de Trabajo decidió suprimir en el artículo 9 las palabras que hubieran sometido ese artículo, lo mismo que el artículo 10, a los artículos 24 a 27. Por la misma razón, decidió incluir en el artículo 24 las palabras (“con excepción de ...”) que aclarasen que algunas cuestiones, incluida la eficacia de una cesión como cuestión de derecho general, no se dejan a la ley que rija la prelación (véase el párr. 163).

88. Sin embargo, la distinción entre eficacia y prelación que traza el proyecto de convención puede ser desconocida en la ley de la ubicación del cedente, que quizá establezca limitaciones a la cesión por medio de una norma relativa a la eficacia en general. Como consecuencia, puede no ser fácil determinar, por ejemplo, si una norma de la ley de la ubicación del cedente que limite la eficacia de una cesión de créditos futuros es una norma que trata de la eficacia *inter partes* o de la eficacia frente a terceros (es decir, de la prelación). Por

consiguiente, tal vez desee la Comisión declarar expresamente en el encabezamiento del párrafo 1) del artículo 9 que la cesión surtirá efecto “entre el cedente y el cesionario y frente al deudor”. Tal vez desee también declarar en un nuevo párrafo 3) que: “La eficacia de una cesión de créditos mencionados en los párrafos 1) y 2) del presente artículo frente a terceros que no sean el deudor se regirá por la ley aplicable con arreglo al artículo 24. No obstante, esa cesión no será ineficaz frente a terceros por la única razón de que la ley de la ubicación del cedente no reconozca su eficacia”. Esa norma garantizaría que la cesión de créditos futuros no fuera inválida por la única razón de referirse a créditos de esta clase, sin estorbar, sin embargo, la eficacia de esa cesión como cuestión de prelación entre los reclamantes en conflicto.

“Créditos existentes o futuros”

89. Los términos se definen en el párrafo b) del artículo 6 por referencia al momento de la conclusión del contrato de origen. Se pretende abarcar todos los créditos futuros, incluidos los condicionales y los puramente hipotéticos (véase el párr. 56). A fin de proteger los intereses del cedente, el párrafo 1) introduce un elemento de especificidad (los créditos deberán ser identificables en el momento en que nazcan).

“Uno o más”

90. El proyecto de convención se centra en la cesión global de un gran volumen de créditos de escaso valor (por ejemplo, el facturaje de créditos comerciales o la bursatilización de créditos de tarjetas de créditos), en vista de su importancia práctica y del hecho de que su eficacia no es común a todos los ordenamientos jurídicos. Por razones de coherencia, la cesión de créditos singulares de gran valor (por ejemplo, la de un crédito para refinanciación o con fines de diversificación de la cartera de valores) queda también comprendida.

“En su totalidad o por fracciones, así como de todo derecho indiviso sobre dichos créditos”

91. Se realizan cesiones parciales en operaciones importantes, como la bursatilización (en la que el vehículo de uso especial (SPV) puede ceder a los inversionistas intereses indivisos sobre los créditos adquiridos de su iniciador como garantía de las obligaciones del SPV hacia los inversionistas), o la sindicación y participación en préstamos (en los que el prestamista principal puede ceder intereses indivisos en el préstamo a cierto número de prestamistas; sobre las cesiones parciales véanse los párrs. 32 a 34

“descritos”

92. La palabra “descritos” obedece al propósito de fijar una norma menos exigente que la que se establecería con el término “especificados”. Conforme a esta norma, una descripción genérica del crédito, sin especificación alguna de la identidad del deudor o de la cuantía del crédito, sería suficiente (por ejemplo, “todos mis créditos procedentes de mi comercio de automóviles”).

“Individualmente”/“de cualquier otra manera”

93. Estas palabras tienen por fin asegurar que sea eficaz la cesión de créditos existentes y futuros, tanto si los créditos se describen uno a uno como si se hace de cualquier otra manera que sea suficiente para relacionar los créditos con la cesión.

Momento de identificación de los créditos

94. Los créditos existentes deben identificarse como relativos a la cesión en el momento de ésta. Los créditos futuros deberán ser identificables en el momento en que nazcan (momento que, por definición, es posterior al momento de la cesión). Como resultado del artículo 7, que consagra la autonomía de las partes, el cedente y el

cesionario pueden convenir el momento en que los créditos futuros deberán ser identificables para la cesión, siempre que ello no afecte a los derechos del deudor ni de terceros.

Acuerdo maestro

95. Con miras a agilizar el proceso de préstamo y reducir el costo de la operación, el párrafo 2 dispone, en efecto, que bastará un acuerdo maestro para transferir derechos sobre una masa de créditos futuros. Si se exigiera un nuevo documento cada vez que naciera un crédito, los costos de administrar un programa de préstamo aumentarían considerablemente y el tiempo necesario para obtener documentos correctamente extendidos y examinarlos retardaría el proceso de préstamo en detrimento del cedente. Conforme al párrafo 2 en donde se dispone que basta el acuerdo maestro para transferir una masa de créditos futuros, y al artículo 10, que dispone que se entenderá que un crédito futuro se transfiere en el momento de celebrarse el contrato de cesión, los derechos sobre créditos futuros se transfieren directamente al cesionario sin pasar por el patrimonio del cedente. Como resultado, el cesionario tendrá un derecho de propietario y, si goza también de prelación, su derecho no quedará sometido a las reclamaciones personales de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia. En su formulación de origen, el párrafo 2) se refería al momento en que un crédito futuro “nace”, a fin de aclarar que la cesión de un crédito futuro sólo sería eficaz si éste llegara a nacer. En vista de la supresión de la disposición que explicaba el significado del término, el Grupo de Trabajo, en su 31º período de sesiones, decidió sustituirlo por las palabras “en el momento de concluirse el contrato de origen”. Como consecuencia, el párrafo 2) trata el momento de la cesión de forma incompatible con el artículo 10, en virtud del cual la cesión de créditos futuros será eficaz en el momento de celebrar el contrato de cesión y las partes sólo podrán estipular un momento ulterior. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión suprimir la referencia al momento de la conclusión del contrato de origen de la cesión y dejar la cuestión al comentario del artículo 10 (véase el párr. 96). Otra posibilidad sería ajustar el párrafo 2) al artículo 10, haciendo referencia al momento de la celebración del contrato de cesión.

Artículo 10. Momento de la cesión

Un crédito existente es transferido y se entenderá que un crédito futuro será transferido en el momento de celebrarse el contrato de cesión, a menos que el cedente y el cesionario hayan estipulado un momento ulterior.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 51 y 57

A/CN.9/432, párrs. 109 a 112 y 254 a 258

A/CN.9/434, párrs. 107, 108 y 115 a 221

A/CN.9/445, párrs. 221 a 226

A/CN.9/456, párrs. 76 a 78 y 98 a 103

Comentario

96. El proyecto de artículo 10 tiene por fin: reconocer y, al mismo tiempo, limitar el derecho del cedente y el cesionario a acordar el momento en que se transfiere un crédito; fijar una norma supletoria en el sentido de que, a falta de acuerdo en contrario entre cedente y cesionario, el momento en que se transfiere un crédito es el de la celebración del contrato de cesión; y aclarar el significado de otras disposiciones pertinentes, como los proyectos de artículo 7, 9, 19 y 24 a 26. El momento especificado por el cedente y el cesionario vincula a terceros, asunto que puede no quedar lo suficientemente claro en el artículo 7. No obstante, para que tal acuerdo los obligue, debe fijar un momento de la transferencia que no sea anterior al momento de la celebración del contrato de cesión. Este criterio está en armonía con el principio consagrado en el artículo 7, ya que un acuerdo que fijase un momento anterior podría afectar el orden de prelación entre diversos reclamantes (sin embargo, ni el artículo 7 ni el 10 impiden a las partes anticipar la entrada en vigor de sus mutuas obligaciones contractuales).

97. A falta de un acuerdo entre el cedente y el cesionario por el que se fije el momento de la transferencia de los derechos sobre los créditos cedidos, el momento de esa transferencia es el de la celebración del contrato de cesión, hecho que no puede cambiarse. Aunque este método es obvio con respecto a los créditos existentes en el momento en que se ceden, crea una ficción legal con respecto a los futuros (es decir, nacidos de contratos que no existían en el momento de la cesión). En la práctica, el cesionario adquiriría derechos sobre créditos futuros sólo si de hecho se creasen, pero, en términos jurídicos, el momento de la transferencia se retrotraería al de la celebración del contrato de cesión. Dar al cesionario un derecho de propietario sobre el crédito cedido en el momento de la conclusión del contrato de cesión se traduciría en que quedaría protegido con una prelación con arreglo a la ley de la ubicación del cedente. Sin ese derecho de propietario, incluso el derecho de un cesionario con prelación podría quedar sometido a los derechos de los acreedores con garantía y preferenciales, en caso de insolvencia.

Artículo 11. Limitaciones contractuales de la cesión

- 1) La cesión de un crédito surtirá efecto con independencia de todo acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.
- 2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de tal acuerdo. Una persona que no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de que tuvo conocimiento del acuerdo.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 61 a 68	A/CN.9/447, párrs. 148 a 152
A/CN.9/432, párrs. 113 a 126	A/CN.9/455, párrs. 47 a 51
A/CN.9/434, párrs. 128 a 137	A/CN.9/456, párrs. 104 a 116
A/CN.9/445, párrs. 49 a 51 y 227 a 231	A/CN.9/466, párrs. 104 a 106

Comentario

98. El objetivo principal del artículo 11, que se inspira en el artículo 6 del Convenio de Ottawa, es establecer un equilibrio entre la necesidad de proteger al deudor, por una parte, y la de proteger al cedente y al cesionario, por otra. El deudor puede tener buenas razones comerciales para limitar el derecho del cedente a ceder el crédito (por ejemplo, la preocupación por no tener que realizar gastos adicionales). Por otra parte, el cedente puede no tener necesidad de ceder los créditos para obtener financiación o un servicio, y el cesionario puede no tener forma de conocer la existencia de una limitación contractual para la cesión (por ejemplo, en el caso de créditos futuros o de cesiones en bloque).

Ámbito sustantivo y territorial

99. Se pretende aplicar el artículo 11 a las limitaciones contractuales, tanto las contenidas en el contrato de origen como en cualquier otro acuerdo entre el cedente y el deudor, o en el contrato de cesión inicial o cualquier otro contrato de cesión ulterior. Se pretende también su aplicación a cualesquiera cláusulas contractuales que limiten la cesión (por ejemplo, al someterla al consentimiento del deudor) y no sólo a las que la prohíban. Sin embargo, no se pretende su aplicación a las limitaciones legales de la cesión ni a las relativas a la cesión de derechos distintos de los créditos (por ejemplo, cláusulas de confidencialidad). Como consecuencia, si se realiza una cesión con infracción de una limitación legal o de una cláusula de confidencialidad, el artículo 11 no se aplicará para convalidar esa cesión o limitar cualquier responsabilidad existente en virtud de la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En función del enfoque que la Comisión decida adoptar con respecto a las cesiones de créditos con fines de financiación, el alcance de la norma del artículo 11 puede ser diferente, y la

eficacia de una cesión en general o sólo frente al deudor podrá dejarse a la ley aplicable fuera del proyecto de convención (véanse el artículo 5 y los párrs. 50 a 54).

100. El artículo 5 se destina también a su aplicación a las cesiones de créditos adeudados por deudores públicos, a menos que el Estado en que esté situado el deudor formule una reserva en virtud del artículo 38 en cuanto a la aplicación del artículo 11 (véanse los párrs. 213 y 214). También en ese caso, el que una cesión sea eficaz frente a un deudor público se dejará a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. Además, el artículo 11 se destina a su aplicación a las cesiones de créditos adeudados por deudores de consumo. No pretende, sin embargo, prevalecer sobre la legislación de protección de los consumidores (aunque, en la práctica, con excepción de personas acomodadas que quizá no necesiten protección legal, los consumidores no tendrán capacidad de negociación para incluir esas limitaciones en sus contratos; en cuanto a los créditos de consumo y la protección de los consumidores, véanse los párrs. 36, 128, 152, 160 y 196). En cualquier caso, los consumidores no serían notificados siquiera de cualquier cesión, o se les notificaría y se les pediría que siguieran efectuando sus pagos a la misma cuenta bancaria o apartado de correos. En tal caso, el deudor preocupado por perder los derechos de compensación que pudieran derivarse de contratos sin relación con el contrato de origen podría interrumpir su relación con el cesionario.

101. En efecto, dadas la limitada aplicación del artículo 11 a las situaciones de consumo y la exclusión de los proveedores de servicios financieros (artículo 5), así como la posible exclusión de las entidades oficiales y públicas (artículo 38), el artículo 11 se aplicaría principalmente a supuestos en que el deudor sea un proveedor importante que tal vez no necesite protección legal. En cualquier caso, quizá desee la Comisión examinar la posibilidad de limitar más el ámbito de la norma del artículo 11 a las cesiones de créditos futuros o de créditos cedidos en bloque, en las que dar validez a las limitaciones contractuales tendría efectos perjudiciales en el costo del crédito. En otras cesiones (por ejemplo los créditos singulares ya existentes), una limitación contractual haría la cesión ineficaz frente al deudor (proyecto de artículo 12.301 de los Principios Contractuales Europeos). Ese método mantendría la libre transferibilidad de los créditos en las operaciones financieras importantes, al mismo tiempo que limitaba toda injerencia indebida en la autonomía de la voluntad de las partes. Tal vez desee también la Comisión ocuparse de las cesiones que no son verdaderas cesiones sino absorciones (es decir, si un competidor consigue que se le cedan las deudas de una entidad a fin de tener acceso a información mercantil confidencial, aunque dicha información esté amparada por una cláusula de confidencialidad y la cesión dé acceso a ella al cesionario, el artículo 11 no se aplicaría para dar validez a esa cesión).

La norma

102. Lo importante en la norma del artículo 11 es que tanto la limitación contractual de la cesión como la propia cesión son válidas. Sin embargo, a diferencia de la cesión, que es válida frente al deudor, la limitación contractual no produce efecto alguno frente al cesionario. La política subyacente es que resulta más beneficioso para todos facilitar la cesión de créditos y reducir el costo de la operación que garantizar que el deudor no tenga que pagar a una persona distinta del acreedor original (cedente). En virtud del párrafo 1) del artículo 11, el deudor queda obligado por la cesión. La cuestión de si habrá responsabilidad por incumplimiento de contrato se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. Si tal responsabilidad existe, en virtud del párrafo 2) del artículo 11 no se extenderá al cesionario ni podrá basarse únicamente en el conocimiento por éste de la limitación contractual (conocimiento que puede ser pertinente en el caso de que exista responsabilidad penal del cesionario, por ejemplo, si obstaculiza dolosamente unas relaciones contractuales ventajosas). Sancionar al cesionario simplemente por tener conocimiento de la cláusula contraria a la cesión se traduciría sin buscarlo en alentarle a eludir la comprobación de la diligencia debida o a realizar esa comprobación y negarse a aceptar los créditos o aceptarlos sólo a un precio muy inferior. Otros derechos que el deudor puede tener con arreglo al derecho aplicable fuera del proyecto de convención, como, por ejemplo, el de rescindir el contrato de origen por incumplimiento, no se verán afectados tampoco, a menos que se trate de un crédito con fines de financiación (por ejemplo, artículo 5, variante A, párrafo 2); véase en el párr. 104 una sugerencia de la Secretaría para limitar los derechos del deudor a la reclamación de daños y perjuicios).

Justificación

103. Las limitaciones contractuales tienen efectos perjudiciales en el valor de los créditos, tanto si se refieren a todos los créditos cedidos en bloque como sólo a algunos de ellos. Si las limitaciones contractuales son aplicables frente a los cesionarios, éstos tendrán que examinar la documentación de cada uno de los créditos. Como consecuencia, un número reducido de créditos sometidos a limitaciones aumentarían el costo de un número muy superior de créditos no sometidos a esa restricción. Además, a menos que tengan por objeto proteger intereses legítimos, las limitaciones contractuales pueden constituir una injerencia indebida en los principios de la economía de mercado. En la medida en que la obligación de pago tiene el mismo efecto en el deudor, cualquiera que sea la identidad del acreedor, una restricción contractual irá contra el principio de limitar las restricciones a la enajenación de bienes. Además, una economía en la que los créditos puedan transferirse libremente ofrece ventajas considerables a los deudores. Los ahorros de costos que obtienen los acreedores mediante la libre transferibilidad de sus créditos pueden transmitirse a los deudores, en forma de costos más bajos de los bienes y servicios del crédito de costo más bajo.

104. En cualquier caso, el proyecto de convención ofrece un alto grado de protección al deudor (artículos 17 a 22). Además, con arreglo a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, el deudor puede incluso declarar nulo el contrato de origen (con excepción de los deudores de créditos con fines de financiación; artículo 5, variante A, párr. 2)). Sin embargo, esa anulación del contrato que podría privar al cesionario de su derecho contractual a solicitar el pago del deudor debería existir sólo en circunstancias excepcionales (el cedente puede tener una acción por enriquecimiento injusto u otras acciones nacidas de la ley frente al deudor, pero la cesión de esos derechos no quedaría comprendida en el proyecto de convención). De otro modo, el riesgo de que el contrato quedase resuelto podría tener en sí mismo una repercusión indeseable en el costo del crédito. A fin de evitar ese resultado, tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de aclarar el artículo 11 en el sentido de que cualquier acción que tenga el deudor frente al cesionario por incumplimiento de una cláusula contraria a la cesión se limitará a una reclamación de daños y perjuicios (o bien, en el sentido de que el deudor no podrá declarar resuelto el contrato original por la sola razón de que el cedente haya infringido una cláusula contraria a la cesión; véase el artículo 5, variante A, párrafo 2)). Los artículos 11, 20 3) y 22 podrían interpretarse en el sentido de que excluyen de todas formas esa solución radical, al menos una vez notificada la cesión. Permitir que el deudor declare resuelto el contrato sólo por haberse infringido una cláusula contraria a la cesión iría contra el principio de que la cesión será eficaz aunque se haga con infracción de una cláusula contraria a ella y del principio de que, en tal caso, el deudor no podrá ejercer frente al cesionario ninguna acción que pudiera tener frente al cedente por incumplimiento de contrato. Además, si no se permite lo mínimo, es decir, la modificación del contrato de origen una vez notificado el deudor, sin el consentimiento del cesionario, tampoco debe permitirse lo máximo, es decir, la cancelación del contrato. Esa limitación de los derechos de resolución del deudor puede combinarse con el enfoque adoptado en el artículo 5, variante B, párr. 2). Si la cesión es ineficaz frente al deudor, éste no tendrá necesidad de resolver el contrato de origen simplemente por haberse infringido una limitación contractual para la cesión (véase el párr. 102).

Artículo 12. Transferencia de los derechos de garantía

1) Toda garantía personal o real del pago de un crédito cedido quedará transferida al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de cesión, a menos que, con arreglo a la ley por la que se rija la garantía, ésta sea sólo transferible por un nuevo acto de cesión. Si con arreglo a la ley por la que se rija, la garantía sólo es transferible mediante un nuevo acto de cesión, el cedente estará obligado a cederla al cesionario, junto con el producto de la misma.

2) Toda garantía del pago de un crédito cedido quedará transferida a tenor del párrafo 1) del presente artículo sin que sea óbice ningún acuerdo entre el cedente y el deudor, o entre el cedente y la persona que otorgue la garantía, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o la garantía que respalde su pago.

- 3) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de un acuerdo conforme a lo previsto en el párrafo 2) del presente artículo. Una persona que no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de que tuvo conocimiento del acuerdo.
- 4) La cesión de una garantía real, efectuada conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo, no afectará a ninguna de las obligaciones que el cedente tenga con el deudor, o con la persona que haya otorgado la garantía real, respecto del bien así cedido, a tenor de lo dispuesto en la ley por la que se rija dicha garantía.
- 5) Lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo no afectará a ningún requisito impuesto por toda otra norma de derecho, que no sea la presente Convención, relativo a la forma o a la inscripción en un registro de la cesión de toda garantía del pago de un crédito cedido.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 69 a 74
A/CN.9/432, párrs. 127 a 130
A/CN.9/434, párrs. 138 a 147

A/CN.9/445, párrs. 232 a 235
A/CN.9/456, párrs. 117 a 126

Comentario

Derechos accesorios e independientes

105. El párrafo 1) recoge el principio generalmente aceptado de que los derechos accesorios de garantía (por ejemplo la fianza, prenda o hipoteca) se transfieren automáticamente, mientras que las garantías independientes (por ejemplo, un aval independiente, una carta de crédito contingente o una garantía real de naturaleza abstracta) sólo son transferibles mediante un nuevo acto de transferencia (se utilizan las palabras “garantía que respalde su pago” para que queden incluidas garantías que pueden no ser derechos de garantía, por ejemplo, los derechos derivados de avales independientes o de cartas de crédito contingente). Con arreglo al artículo 7, el cedente y el cesionario pueden convenir en que un derecho accesorio no se transfiera al cesionario y quede por tanto extinguido. Ese acuerdo puede reflejar la falta de disposición por parte del cesionario a aceptar la responsabilidad y el costo que entraña el mantenimiento y conservación de las garantías (por ejemplo, tributación y costos de seguro en el caso de inmuebles, o almacenamiento y costos de seguro en el caso de equipo). La cuestión del carácter accesorio o independiente de la garantía y los requisitos sustantivos o de procedimiento que deben satisfacerse para crear ese derecho se dejan a la ley por que éste se rija. En vista de la amplia variedad de garantías incluidas en el artículo 12 y de las divergencias existentes al respecto entre los diversos ordenamientos jurídicos, el artículo 12 no intenta especificar la ley aplicable a ellas. El párrafo 1) crea también una obligación para el cedente de transferir al cesionario toda garantía independiente que respalde el pago de los créditos cedidos, así como el producto de esa garantía. Como consecuencia, si una garantía independiente y su producto son transferibles, el cesionario podrá obtenerlos. Si esas garantías no son transferibles o no se ceden por cualquier razón, el cesionario tendrá una acción personal contra el cedente. En cuanto a la redacción del párrafo 1), tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de suprimir la segunda parte de la primera oración (es decir, las palabras “a menos que ... acto de cesión”) como superflua (la primera parte de la primera oración podría bastar).

Limitaciones contractuales

106. El párrafo 2) tiene por fin asegurarse de que toda limitación convenida entre el cedente y el deudor u otra persona que otorgue un derecho de garantía no invalidará la cesión. Conforme al párrafo 3), no se verá afectada la responsabilidad que el cedente pueda tener por incumplimiento de contrato, conforme a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, pero esa responsabilidad no se extenderá al cesionario (este enfoque es compatible

con el adoptado en el artículo 11). La política subyacente es que, con respecto a las limitaciones de la cesión, los derechos de garantía deben tratarse de la misma manera que los créditos, ya que a menudo el valor que tiene en cuenta el cesionario se basa en el derecho de garantía y no en el crédito mismo. No obstante, una limitación incluida en un contrato con un tercero garante público situado en el Estado que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 38 hará la cesión ineficaz, pero sólo frente a ese tercero garante público. De igual modo, una limitación en un contrato con un garante tercero de un crédito con fines de financiación invalidará la cesión en general o sólo frente al tercero garante, según que la Comisión adopte la variante A o la variante B del artículo 5.

Derechos posesorios

107. Esté o no prohibida mediante acuerdo la transferencia de un derecho de garantía, si la transferencia acarrea el traslado de la posesión de las garantías reales y ese traslado causa daño al deudor o a la persona que garantiza el derecho, no se ve afectada ninguna responsabilidad que pueda existir conforme a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. El párrafo 4) prevé, por ejemplo, una transferencia de acciones pignoras que podría habilitar a un cesionario extranjero para ejercitar los derechos de un accionista en detrimento del deudor o de cualquier otra persona que pudiese haber empeñado las acciones.

Requisitos de forma

108. Conforme al párrafo 5), no se ven afectados los requisitos de la ley aplicable fuera del proyecto de convención en cuanto a la forma de transferir los derechos de garantía. En consecuencia, pueden ser necesarios una escritura notarial y su registro para la transferencia efectiva de una hipoteca, y se puede requerir la entrega de la posesión o el registro para la transferencia de una prenda. El proyecto de convención no se propone afectar a ninguno de los requisitos de forma de una cesión de créditos garantizada por un activo determinado (por ejemplo, registro de una cesión garantizada con inmuebles o con una aeronave). Sin embargo, si la Comisión incluye una norma sobre la forma de cesión, sometiendo ésta a la ley de la ubicación del cedente (véanse los párrs. 82 a 84), esa norma tendría que ser armonizada con el párrafo 5) (por ejemplo, disponiendo que la ley de la ubicación del cedente rigiese la forma, a menos que los créditos estuviesen respaldados por un derecho de garantía, en cuyo caso la ley que rigiese ese derecho regiría también la forma).

CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES

Sección I. Cedente y cesionario

Comentario

Finalidad de la sección I

109. A diferencia de las demás disposiciones del proyecto de convención que regulan aspectos de propiedad de la cesión, las disposiciones contenidas en la presente sección tratan de cuestiones contractuales. La utilidad de estas disposiciones radica en que reconocen la autonomía de la voluntad de las partes, principio consagrado con carácter general en el artículo 7, y proporcionan normas supletorias aplicables a falta de un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Esas disposiciones suplementarias presentan ventajas importantes. Reducen los costos de las operaciones distribuyendo los riesgos y eliminando la necesidad de que las partes reproduzcan condiciones normalizadas en sus contratos. También reducen los costos de la solución de controversias, ofreciendo una norma clara tanto para los tribunales como para las partes en el caso de que éstas no se hayan ocupado de alguna cuestión determinada. Además, cumplen una útil función educativa al ofrecer a las partes una lista de cuestiones que deben tratarse en el momento de las primeras negociaciones contractuales. De forma más importante aún, refuerzan la uniformidad y la certidumbre, al disminuir la necesidad de que los tribunales

recurran a las soluciones nacionales ofrecidas por la ley del contrato. Sin embargo, en la sección I del capítulo IV no queda totalmente eliminada la función de esa ley del contrato. El efecto en la validez del contrato de un error, fraude u ilegalidad se deja a la ley aplicable al contrato, lo mismo que los recursos disponibles en caso de incumplimiento del contrato (en la medida en que no se caractericen como procesales y queden en consecuencia sometidos a la *lex fori*).

Artículo 13. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario

- 1) Los derechos recíprocos y las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario dimanantes de su acuerdo serán determinados por las condiciones consignadas en ese acuerdo, así como por las normas o condiciones generales a que se haga remisión en él.
- 2) El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidas entre ellos.
- 3) En una cesión internacional, y de no haber convenido entre ellos otra cosa, se considerará que el cedente y el cesionario le han hecho implícitamente aplicable todo uso del comercio que sea muy conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de práctica [de financiación por cesión de créditos] de que se trate.

Referencias

A/CN.9/432, párrs. 131 a 144
A/CN.9/434, párrs. 148 a 151

A/CN.9/447, párrs. 17 a 24
A/CN.9/456, párrs. 127 y 128

Comentario

110. La finalidad principal del artículo 13 es reafirmar en el contexto de la relación entre el cedente y el cesionario el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, principio ya establecido en términos generales en el artículo 7. Cedente y cesionario son libres de estructurar sus derechos y obligaciones recíprocas de manera que satisfagan sus necesidades particulares. Son también libres de incorporar a su acuerdo normas o condiciones remitiéndose a ellas de manera general, en lugar de reproducirlas en el acuerdo. Las condiciones con arreglo a las cuales las partes pueden ejercitar su libertad y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan quedan para la ley que rija su acuerdo. En armonía con el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, el artículo 13 expone igualmente en sus párrafos 2) y 3) un principio que puede no estar reconocido en todos los ordenamientos jurídicos, a saber, que en la interpretación de los contratos de cesión, deben tenerse en cuenta los usos del comercio y las prácticas establecidas entre el cedente y el cesionario. Esos usos y prácticas producen derechos y obligaciones para cedente y cesionario. Sin embargo, no pueden, obligar a terceros, como el deudor o los acreedores del cedente. Tampoco pueden obligar a los cedentes o cesionarios subsiguientes. Todas esas partes no tendrían necesariamente conocimiento de los usos y prácticas acordados por el cedente y el cesionario iniciales.

111. Dado que el párrafo 1) reconoce la autonomía de la voluntad de las partes, éstas tendrán siempre derecho a convenir lo contrario por lo que se refiere al carácter vinculante de las prácticas establecidas entre ellas. Pueden no ser necesarias en consecuencia las palabras “salvo acuerdo en contrario”, que figuran en el párrafo 2. Estas palabras, que no aparecen en el párrafo 1) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, se incluyeron inicialmente en el párrafo 2), ya que, contrariamente a la jerarquía de las normas jurídicas establecida en esa convención, el proyecto de convención prevalece sobre el acuerdo de las partes. De acuerdo con la limitación del párrafo 1) a los derechos recíprocos y a las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario, se ha suprimido del proyecto de convención la norma sobre prevalencia y se ha eliminado la

razón para apartarse de la redacción del párrafo 1) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa.

112. El párrafo 3) define el ámbito de los asuntos abarcados por un uso internacional. Conforme a este párrafo, los usos internacionales obligan únicamente a las partes en las cesiones internacionales. Esa limitación no se creyó necesaria en el artículo 9, ya que la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa se aplica únicamente a las compraventas internacionales. Es necesaria, sin embargo, en el artículo 13, dado que el proyecto de convención puede aplicarse a las cesiones nacionales de créditos internacionales. Además, conforme al párrafo 3), al igual que conforme al párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, los usos son aplicables únicamente a la práctica de que se trate. Esto significa que un uso del facturaje internacional no puede aplicarse a una cesión comprendida en una operación de bursatilización. No obstante, a diferencia del párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, el párrafo 3) no se refiere al conocimiento subjetivo, real o presunto, de las partes sino solamente a los requisitos objetivos de que los usos deben ser muy conocidos y habitualmente observados. El Grupo de Trabajo estimó que, si bien una referencia al conocimiento subjetivo de las partes podía ser útil en una relación entre dos partes, sería inconveniente en una relación tripartita, ya que resultaría extremadamente difícil para los terceros determinar lo que el cedente y el cesionario sabían o debían haber sabido. En vista de que se ha revisado el artículo 13 para aclarar que se refiere a los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y el cesionario y de que, de conformidad con el artículo 7, los acuerdos entre las partes no afectarán a terceros, tal vez desee la Comisión volver a examinar esta cuestión.

Artículo 14. Garantías implícitas del cedente

1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente garantiza que, en el momento de la celebración del contrato de cesión:

- a) tiene derecho a ceder el crédito;
- b) no ha cedido anteriormente el crédito a otro cesionario; y
- c) el deudor no puede y no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación.

2) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no garantiza que el deudor tiene o tendrá solvencia financiera para efectuar el pago.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 80 a 88

A/CN.9/432, párrs. 145 a 158

A/CN.9/434, párrs. 152 a 161

A/CN.9/447, párrs. 25 a 40

A/CN.9/456, párrs. 129 y 130

Comentario

Normas sobre autonomía de las partes/supletorias

113. Las garantías implícitas asumidas por el cedente tienen por fin reducir, en caso necesario, el riesgo que entraña una operación por lo que se refiere a si el cesionario podrá cobrar los créditos al deudor (en una cesión a título de garantía, el cesionario no tiene que cobrarlos a menos que el cedente incumpla y en la bursatilización o el descuento oculto de facturas, el cedente continúa cobrando al deudor como mandatario del cesionario). Por su finalidad, las garantías implícitas constituyen un factor importante en la determinación por el cesionario de la cuantía del crédito que ha de poner a disposición del cedente y del costo de ese crédito. En vista de su

importancia, las garantías implícitas son intensamente negociadas y explícitamente acordadas entre el cedente y el cesionario. Reconociendo esta realidad, el proyecto de artículo 14 consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a las garantías implícitas del cedente. Esas garantías pueden derivar del contrato de financiación, el contrato de cesión (si se trata de un contrato aparte) o cualquier otro contrato entre el cedente y el cesionario. De conformidad con los párrafos 2) y 3) de artículo 13, pueden derivar además de los usos y las prácticas del comercio. El artículo 14 permite a las partes modificar las garantías implícitas, expresa o tácitamente, incluidas las que se refieran a la existencia misma del crédito cedido.

114. Además de reconocer el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el artículo 14 tiene por fin fijar una norma supletoria que distribuya los riesgos entre el cedente y el cesionario a falta de un acuerdo de las partes sobre este asunto. En la distribución de los riesgos, el objetivo general del artículo 14 es contrapesar la necesaria equidad y la necesidad de facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo. El artículo 14 es compatible con la práctica normal en que el cedente garantiza la existencia del crédito cedido, pero no la solvencia del cedente. Si las partes no se han puesto de acuerdo sobre las garantías implícitas, a falta de una norma análoga a la del artículo 14, será mayor el riesgo de impago. Esta situación podría frustrar una operación (si el riesgo fuera demasiado elevado) o, por lo menos, disminuir la cuantía del crédito ofrecido y aumentar su costo. Además en la medida en que el cedente tenga que soportar cierto riesgo, los bienes y servicios del cedente serían más caros o incluso inalcanzables para el deudor.

Garantías implícitas de la “existencia” o transferibilidad de un crédito

115. Conforme al párrafo 1), el cedente garantiza implícitamente que tiene derecho a ceder los créditos; que no los ha cedido anteriormente y que el deudor no puede y no podrá oponer excepciones. Dada la necesidad de que el cesionario pueda, antes de otorgar crédito, calcular el riesgo que entraña una operación, el párrafo 1) dispone que las garantías implícitas deberán darse y surtirán efecto en el momento de la celebración del contrato de cesión. Se considera que esas garantías implícitas se dan no sólo al cesionario inmediato sino también a cualquier cesionario subsiguiente. Por consiguiente, todo cesionario subsiguiente puede dirigirse contra el cedente por incumplimiento de las garantías implícitas. Si éstas se considerasen dadas únicamente respecto del cesionario inmediato, todo cesionario subsiguiente podría recurrir solamente contra su cedente inmediato, proceso que aumentaría el riesgo y, por lo tanto, el costo de operaciones en que hubiese cesiones subsiguientes. Los apartados a) a c) introducen garantías implícitas que podrían describirse en términos generales como garantías implícitas relativas a la “existencia” del crédito (o su transferibilidad). Si el cedente no está facultado para ceder, ha cedido anteriormente o ha quitado en alguna medida valor a los créditos cumpliendo de manera incorrecta el contrato con el deudor, el crédito no “existe”. Tal vez desee la Comisión examinar si otras garantías implícitas relacionadas con la existencia, como la base fáctica de la demanda, así como su validez formal y sustantiva y su exigibilidad, se encuentran suficientemente tratadas (véase el proyecto de artículo 12.204 c) de los Principios Contractuales Europeos).

116. El cedente incumple la garantía implícita de su derecho a ceder, introducida en el apartado a), si no tiene la capacidad o la facultad de actuar, o si pesa sobre la cesión alguna limitación legal. Este enfoque se justifica por el hecho de que el cedente es quien está en mejor situación para saber si tiene derecho a ceder. Sin embargo, el cedente no responde del incumplimiento de las garantías implícitas si el contrato de origen contiene un acuerdo que limite la cesión. El Grupo de Trabajo decidió que no era necesario mencionar esa norma en el apartado a), ya que está implícita en el artículo 11, conforme al cual la cesión es eficaz incluso si se hace infringiendo un acuerdo que limite la cesión. La garantía implícita, contenida en el apartado b), de que el cedente no ha cedido anteriormente el crédito tiene por finalidad hacer responsable al cedente frente al cesionario si, como consecuencia de una cesión anterior efectuada por el cedente, el cesionario no tiene prelación. Este resultado puede producirse cuando el cesionario no tiene ninguna manera objetiva de determinar si se ha producido una cesión anterior. Pero el apartado b) no exige que el cedente garantice implícitamente que no cederá los créditos a otro cesionario después de la primera cesión. Esa garantía sería contraria a la práctica moderna de financiación, en la cual el derecho del cedente a ofrecer como garantía los mismos créditos a

diferentes prestamistas para obtener crédito es absolutamente indispensable. Tal vez desee la Comisión examinar si el párrafo b) debe abarcar también las cesiones u otras transmisiones por ley (véase el proyecto de artículo 12.204 c) de los Principios Contractuales Europeos).

117. El apartado c) impone al cedente el riesgo de excepciones o derechos de compensación ocultos del deudor que pueden frustrar en todo o en parte el derecho del cesionario. Esta disposición parte de la premisa de que, si cumple correctamente su contrato con el deudor, el cedente podrá impedir que se planteen esas excepciones. En particular, en el contexto de la compraventa de bienes en la que se incluyen elementos de servicio y mantenimiento, ese método daría como resultado un grado más alto de responsabilidad del cedente en el correcto cumplimiento de su contrato con el deudor. La disposición se basa además en el supuesto de que, en cualquier caso, el cedente estará en mejor situación de saber si el contrato se cumplirá correctamente, incluso si el cedente es sólo vendedor de bienes fabricados por un tercero (no hay necesidad de que tenga conocimiento real de ninguna excepción). Además, el apartado c) parte de la premisa de que atribuir al cedente el riesgo de las excepciones ocultas tendrá normalmente efectos beneficiosos en el costo del crédito. El apartado c) tiene un amplio alcance y abarca las excepciones y los derechos de compensación, tengan origen contractual o no contractual, y se relacionen con créditos existentes o futuros. Comprende también los derechos de compensación derivados tanto del contrato de origen o de cualquier contrato relacionado, como de contratos no relacionados con el contrato de origen (con excepción de los derechos de compensación derivados de contratos no relacionados de los que se disponga después de la notificación, los cuales, según el párrafo 2) del artículo 20, no podrá oponer el deudor frente al cesionario). Con respecto a las garantías implícitas relativas a la ausencia de excepciones contra créditos futuros cedidos en bloque a título de garantía, el Grupo de Trabajo estimó que la garantía implícita contenida en el apartado c) reflejaba adecuadamente la práctica actual. De acuerdo con esa práctica, en las cesiones en bloque de créditos libres de excepciones y créditos susceptibles de excepciones, los cedentes reciben normalmente crédito sólo en la cuantía de los créditos que previsiblemente no estén sometidos a excepciones, aunque tengan que devolver una cantidad mayor. Además, en caso de que el deudor no pague, el cedente debe retomar los créditos respecto de los cuales el cesionario no pueda obtener el pago del deudor y reemplazarlos con otros créditos o devolver el precio de los créditos no pagados (“financiación recurrente”).

Garantías implícitas de la solvencia del deudor

118. El párrafo 2) refleja el principio generalmente aceptado de que el cedente no garantiza la solvencia del deudor. Por consiguiente, el riesgo de incumplimiento del deudor recae sobre el cesionario, hecho que éste tiene en cuenta al determinar si otorga el crédito y en qué condiciones. Reconociendo el derecho de las partes en operaciones financieras a convenir en una distribución de los riesgos diferente, el párrafo 2) permite al cedente y al cesionario convenir en otra cosa. El párrafo 2) dispone además que ese acuerdo puede ser implícito o explícito. La cuestión de qué constituye un acuerdo implícito se deja para las normas de interpretación de los contratos de la ley que rijan el contrato.

Otras garantías implícitas

119. Tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de añadir a las garantías implícitas enumeradas en el párrafo 1) la de que el cedente no modificará el contrato de origen sin el consentimiento real o implícito del cesionario (artículo 22) y la de que transmitirá al cesionario toda garantía no accesorio u otros derechos de apoyo (artículo 12; véase también el artículo 12.204 d) y e) de los Principios Contractuales Europeos).

Incumplimiento de las garantías implícitas

120. El Grupo de Trabajo decidió dejar a otras leyes las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las garantías implícitas. Entre las razones dadas por el Grupo de Trabajo en apoyo de este método se encuentran la de que los asuntos relativos al contrato de financiación subyacente quedaban fuera del ámbito del proyecto de convención y, en cualquier caso, sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre cuestiones como la

responsabilidad por incumplimiento de garantías implícitas. Tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de tratar, al menos, las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las garantías implícitas sobre la cesión (es decir, si los créditos se volverán a transferir automáticamente al cedente o si se necesitará un nuevo acto de transferencia). Esta cuestión tiene importancia particular si el cedente cae en la insolvencia después de incumplir las garantías implícitas.

Artículo 15. Derecho a notificar al deudor

- 1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación de la cesión e instrucciones para el pago; sin embargo, una vez enviada una notificación, únicamente el cesionario podrá enviar instrucciones para el pago.
- 2) La notificación de la cesión o las instrucciones para el pago enviadas sin cumplir el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo no carecerán de validez para los efectos del artículo 19 por la mera razón del incumplimiento. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 89 a 94 y 119 a 122
A/CN.9/432, párrs. 159 a 164 y 175
A/CN.9/434, párrs. 162 a 165

A/CN.9/447, párrs. 41 a 47
A/CN.9/456, párrs. 131 a 144 y 193
A/CN.9/466, párrs. 116 y 117

Comentario

121. El principal objetivo del artículo 15 es reconocer el derecho del cesionario a notificar al deudor y a solicitar el pago, aun sin la cooperación o la autorización del cedente. No tiene por fin definir la notificación (artículo 6) ni ocuparse de las condiciones para que una notificación sea eficaz frente al deudor (artículo 18) ni de las consecuencias jurídicas de la notificación (artículos 19, 20 y 22). Se considera importante conceder al cesionario un derecho autónomo a notificar al deudor, en particular porque el cedente podría no estar dispuesto a cooperar con el cesionario o, en caso de insolvencia, verse impedido de hacerlo. Además, por lo menos en los ordenamientos jurídicos en los que la prelación se determina sobre la base del momento de la notificación al deudor, el cedente, actuando en colusión con un acreedor contra los intereses de otro acreedor, podría determinar el orden de prelación, a menos que cada acreedor tuviese derecho a notificar al deudor independientemente del cedente. El Grupo de Trabajo reconoció que, en algunas prácticas, era normal que el cedente enviara una factura al deudor solicitando el pago y notificando al deudor la cesión (por ejemplo, en el facturaje). Pero, al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo tuvo presente que, en otras prácticas, era importante que el cesionario pudiese notificar y solicitar el pago independientemente del cedente, hubiera o no incumplimiento. Se pensó que la protección del deudor contra el riesgo de que una persona posiblemente desconocida le notificase y le pidiese que pagara era un asunto diferente que podía resolverse permitiendo al deudor, en caso de notificación por el cesionario, que pidiese prueba suficiente (por definición, una notificación tiene que identificar al cesionario; véase el párr. 60; véase también el proyecto de artículo 12.303 de los Principios Contractuales Europeos, según el cual, en tal supuesto, la cesión tiene que hacerse por escrito y el deudor debe tener la posibilidad de comprobarla).

La notificación como derecho y no como obligación

122. A fin de tomar en consideración las prácticas sin notificación, ésta se formula en el párrafo 1) como un derecho y no como una obligación. En esas prácticas se notifica normalmente la cesión al deudor y el cedente recibe el pago en nombre del cesionario. El artículo 15 tiene también por fin reconocer prácticas en las que el

deudor sigue pagando como antes de la cesión, mientras que el cedente y el cesionario convienen acerca del control de la cuenta bancaria o el apartado postal a los que se hace el pago. En esas prácticas, a fin de evitar problemas al deudor que tal vez ocasionasen una interrupción de la corriente normal de pagos, o bien no se notifica en absoluto al deudor o se le notifica y se le indica que continúe pagando al cedente (esa notificación tiene normalmente por fin impedir que el deudor adquiera derechos de compensación después de la notificación derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen). En esas prácticas, se notifica al deudor y se le dan instrucciones de pago diferentes (es decir, pagar al cesionario o a otra persona o a una cuenta o una dirección diferentes) sólo en situaciones excepcionales (por ejemplo, en caso de incumplimiento).

Notificación e instrucción de pago

123. De conformidad con el enfoque adoptado en el apartado e) del artículo 6 (que define la notificación sin hacer referencia a las instrucciones de pago), el párrafo 1) traza una clara distinción entre una notificación y una instrucción para el pago. Este método tiene por fin reconocer la diferencia, de objeto y de momento, entre una notificación y una instrucción para el pago y dar validez a prácticas en las que hay notificación sin que haya instrucciones de pago. Con arreglo a este criterio, la mera notificación de una cesión es válida a los efectos de excluir los derechos de compensación del deudor derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen, así como para la finalidad de cambiar la manera en que el cedente y el deudor puedan modificar el contrato de origen. Pero, a fin de evitar complicar la liberación del deudor, el Grupo de Trabajo decidió no basar la liberación de éste en el recibo de una instrucción para el pago. Conforme al párrafo 1), pueden enviar una instrucción de pago el cedente, junto con la notificación o, después de una notificación, el cesionario. El párrafo 1), a diferencia del proyecto de artículo 19, se refiere al momento en que se “envía” la notificación (y no se “recibe”), ya que ni el cedente ni el cesionario tienen manera de determinar el momento de la recepción. Ese asunto puede ser importante para la liberación del deudor, de que trata el artículo 19, pero no para la determinación de quién tiene derecho a dar una instrucción de pago: el cedente o el cesionario.

Acuerdo en cuanto a la notificación

124. Aunque el párrafo 1) confiere al cesionario un derecho autónomo a notificar al deudor y solicitarle el pago, el párrafo 2) reconoce el derecho del cedente y el cesionario a negociar y convenir de manera ajustada a sus necesidades particulares, el punto de la notificación al deudor. Por ejemplo, el cedente y el cesionario pueden acordar que no se hará ninguna notificación al deudor mientras no se interrumpa la corriente de pagos (como, por ejemplo, en un descuento oculto de facturas). Para asegurarse de que no se necesita un acuerdo expreso, las palabras iniciales del párrafo 1) se formulan de manera negativa (“a menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa”). La norma introducida en la primera oración del párrafo 2) es que, si se notifica incumpliendo ese acuerdo y el deudor paga, éste queda liberado. La razón es que el deudor debe poder cumplir su obligación como se le diga en la notificación y no preocuparse de los arreglos privados que existan entre el cedente y el cesionario. Si la persona que incumple ese acuerdo es o no responsable por incumplimiento de contrato, conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, es asunto distinto que no debe afectar a la liberación del deudor, que no es parte en ese acuerdo. Pero una notificación hecha incumpliendo un acuerdo entre el cedente y el cesionario no excluye ningún derecho de compensación del deudor nacido de contratos no relacionados con el contrato de origen (artículo 20), no provoca un cambio de la manera como el cedente y el deudor pueden modificar el contrato de origen (artículo 22), ni crea una base para determinar la prelación conforme a la ley aplicable en ese aspecto (artículos 24 a 26). El Grupo de Trabajo estimó que esas consecuencias otorgarían una ventaja indebida al cesionario que incorrectamente notificase al deudor. La formulación negativa del párrafo 2) “no carecerán de validez” tiene por fin asegurarse de que la mera violación de un acuerdo entre cedente y cesionario, por un lado, no invalida la notificación a los efectos de la liberación del deudor, pero, por el otro, no obstaculiza la ley del contrato en cuanto a las condiciones exigidas para que ese acuerdo sea eficaz.

1) En lo que concierne al cedente y al cesionario, salvo acuerdo en contrario, y se haya o no enviado notificación de la cesión:

a) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cesionario, éste podrá conservar el producto abonado y los bienes restituidos por concepto de ese crédito;

b) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cedente, el cesionario tendrá derecho a que el cedente le pague el producto abonado y le entregue los bienes restituidos por concepto de ese crédito; y

c) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido a otra persona sobre cuyo derecho goce de prelación el derecho del cesionario, éste tendrá derecho a hacerse pagar el producto abonado a esa persona y a que se le entreguen también los bienes restituidos a la misma por concepto de ese crédito.

2) El cesionario no podrá conservar nada que exceda del valor de su derecho sobre el crédito cedido.

Referencias

A/CN.9/447, párrs. 48 a 68
A/CN.9/456, párrs. 145 a 159

A/CN.9/466, párrs. 118 a 123

Comentario

Objetivo y ámbito

125. El artículo 16 tiene por objeto declarar explícitamente lo que ya está implícito en los artículos 2 y 9, es decir que, entre el cedente y el cesionario, éste tiene un derecho de propiedad sobre el crédito cedido y cualquier producto (frente a terceros, la cuestión se deja a la ley que rija la prelación de conformidad con el apartado b) del artículo 24). Como el ámbito del artículo 16 se limita a las relaciones entre el cedente y el cesionario, queda sometido al principio general de la autonomía de la voluntad de las partes incorporado en el artículo 7 y tiene por objeto servir de norma supletoria aplicable a falta de acuerdo entre el cedente y el cesionario. No pretende afectar a la situación jurídica del deudor ni a las cuestiones de prelación.

Derechos sobre el producto y los bienes restituidos

126. Entre el cedente y el cesionario, el derecho de éste se extiende al producto (el cual, de conformidad con el apartado k) del artículo 6, incluye tanto el producto de los créditos como el producto del producto), así como a los bienes restituidos. En este contexto, el Grupo de Trabajo estimó que no había razón para limitar el derecho del cedente y el cesionario a convenir en que éste pudiera reclamar cualquier bien restituido y que, aunque no existiera tal acuerdo, una norma supletoria que permitiera al cesionario reclamar los bienes restituidos podría disminuir los riesgos de falta de pago por el deudor y, de esa forma, tener efectos favorables en el costo del crédito. El párrafo 1) se refiere a las situaciones en que el pago se haya hecho al cesionario, el cedente u otra persona. En este último caso, el derecho del cesionario, de conformidad con el apartado c) del párrafo 1), queda sometido a prelación. El párrafo 2 recoge la práctica normal en las cesiones a título de garantía, según la cual el cesionario puede tener derecho a cobrar la cuantía íntegra del crédito debido, más los intereses adeudados en virtud del contrato o de la ley, pero deberá dar cuenta al cedente o sus acreedores del saldo que quede después de pagada su reclamación, y devolvérselo. El párrafo 2) no reitera la referencia al acuerdo en contrario de las partes, incluida en el encabezamiento del párrafo 1), porque el derecho del cesionario sobre el crédito cedido se deriva del contrato de cesión y, de conformidad con el artículo 13, queda sometido de todas formas a la autonomía de la voluntad de las partes. En cuanto a la interacción entre los artículos 16 y 38, cabe observar

que un deudor público, situado en un Estado que haya formulado una reserva con arreglo al artículo 38, podrá liberarse de su deuda pagando al cedente, mientras que el cesionario tendrá derecho a reclamar de éste el producto del pago.

Notificación del deudor

127. El derecho del cesionario al producto es independiente de cualquier notificación de la cesión. La razón para adoptar este criterio es la necesidad de asegurar que, cuando el pago se efectúe al cesionario antes de la notificación, el cesionario pueda retener el producto de pago, y cuando se haga al cedente después de la notificación (lo que no liberará al deudor de su deuda), el cesionario tenga un derecho a esos pagos. Ese derecho es de particular importancia cuando el cedente o el deudor caen en la insolvencia. Si el pago se efectúa al cedente después de la notificación, el cesionario puede, en principio, reclamar el pago del cedente, conforme al apartado b) del párrafo 1) del artículo 16, o del deudor, conforme al párrafo 2) del artículo 19. En la práctica, no obstante, el cesionario no reclamará un segundo pago del deudor, a menos que el cedente haya caído en la insolvencia. En ese caso, cualquier derecho que el deudor pudiese tener contra los bienes del cedente insolvente (por ejemplo sobre la base de los principios del enriquecimiento injusto) carecería normalmente de sentido, ya que es improbable que los acreedores con créditos personales lograsen obtener el pago.

Sección II. El deudor

Artículo 17. Principio de la protección del deudor

- 1) A menos que se disponga otra cosa en la presente Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, incluidas las condiciones de pago fijadas en el contrato de origen, sin su consentimiento.
- 2) En las instrucciones para el pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta a la cual o en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:
 - a) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato de origen; o
 - b) El Estado en que se deba hacer el pago según el contrato de origen por otro que no sea aquél en donde esté situado el deudor.

Referencias

A/CN.9/420, párr. 101

A/CN.9/432, párrs. 33 a 38, 89, 90, 206 y 244

A/CN.9/434, párrs. 86 a 95

A/CN.9/455, párrs. 195 a 198

A/CN.9/456, párrs. 21, 81 y 168 a 176

Comentario

Principio de la protección del deudor

128. El principio de la protección del deudor es uno de los principales principios generales del proyecto de convención. En general, se hace referencia a él en el preámbulo y en el artículo 17. Además, se recoge en algunas disposiciones del proyecto (por ejemplo, los artículos 1 3), 5, 7, 19 a 23, 28 y 38). Lo importante de la norma establecida en el párrafo 1) es que el proyecto de convención no tendrá efectos en la situación jurídica del deudor (toda duda sobre si una cesión ha cambiado la situación jurídica del deudor deberá resolverse a favor de éste). En particular, el proyecto de convención no se propone cambiar, sin consentimiento del deudor, las

condiciones de pago estipuladas en el contrato de origen (por ejemplo, la cantidad adeudada, sea en concepto de principal o de intereses, la fecha del pago y cualesquiera condiciones anteriores a la obligación de pago del deudor), ni las excepciones o derechos de compensación que pueda alegar el deudor en virtud del contrato de origen, ni aumentar los gastos relacionados con el pago. Un principio que se deriva del artículo 17 es que el proyecto de convención no pretende perjudicar los derechos de los deudores de consumo, ni, en particular, prevalecer sobre la legislación de protección de los consumidores (artículos 21 1) y 23; sobre los créditos de consumo y la protección de los consumidores, véanse los párrs. 36, 100, 152, 160 y 196).

País y riesgo de cambio de moneda

129. Cualquiera que sea el cambio efectuado en la situación jurídica del deudor como consecuencia de una cesión con arreglo al proyecto de convención, en virtud del párrafo 2), una instrucción de pago, tanto si se da con la notificación como posteriormente, no podrá modificar la moneda de pago. Tampoco podrá modificar el país del pago, a menos que ello resulte beneficioso para el deudor y tenga como consecuencia permitir el pago en el país en que el deudor se encuentre. Ese cambio del país del pago se permite a menudo en los contratos de facturaje, con miras a facilitar el pago por los deudores. Tal vez desee la Comisión someter incluso ese cambio al consentimiento del deudor, a fin de prever los casos excepcionales en que éste pueda tener interés en pagar en el país determinado en el contrato de origen, y no en su propio país.

Artículo 18. Aviso al deudor

- 1) Tanto el aviso de la cesión como las instrucciones para el pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Será suficiente que el aviso de la cesión o las instrucciones para el pago consten en el idioma del contrato de origen.
- 2) El aviso de la cesión y las instrucciones para el pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad al aviso.
- 3) El aviso de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 124 y 125
A/CN.9/432, párrs. 176, 177 y 187
A/CN.9/434, párrs. 172 a 175

A/CN.9/447, párrs. 45 a 47, 158 y 159
A/CN.9/455, párrs. 59 a 66
A/CN.9/456, párrs. 177 a 180

Comentario

Momento de la eficacia de la notificación: norma de la recepción

130. El objetivo principal del proyecto de artículo 18 es reafirmar la “norma de la recepción”, con respecto al momento de la eficacia de una notificación, es decir, que una notificación y una instrucción de pago adquieren eficacia cuando el deudor las recibe. Una notificación, acompañada o no de una instrucción de pago, acarrea consecuencias considerables para la situación jurídica del deudor (desencadena un cambio en la manera en que el deudor puede liberarse de su deuda, excluye los derechos de compensación nacidos de contratos no relacionados con el contrato de origen y modifica la manera en que el deudor puede enmendar el contrato de origen de acuerdo con el cedente). Esas consecuencias pueden producirse sólo cuando una notificación o una instrucción para el pago constan en un idioma en el que “razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido”. Por ejemplo, cuando la notificación se hace en forma electrónica y no es inmediatamente legible, el deudor debe poder descifrarla fácilmente. Con objeto de evitar que se cree

incertidumbre, el párrafo 1) introduce una norma de “puerto seguro”, según la cual el idioma del contrato de origen satisface la norma exigible.

Aviso con respecto a créditos inexistentes en el momento de la notificación

131. A diferencia del apartado c) del párrafo 1) del artículo 8 del Convenio de Ottawa, que prevé que la notificación sólo podrá hacerse con respecto a créditos existentes en el momento de la notificación (y que recoge la práctica actual del facturaje), el párrafo 2) permite que se dé el aviso con respecto a créditos inexistentes en el momento de la notificación. Ese aviso no puede tener efectos en la liberación del deudor hasta que se concluya el contrato de origen y venga la obligación de pago. Sin embargo, simplifica y reduce el costo de la notificación, ya que hace innecesario dar aviso al cesionario cada vez que nace un crédito. Garantiza también que, una vez que nazca, el deudor no pueda acumular derechos de compensación derivados de contratos sin relación con el cedente, ni modificar el contrato de origen sin consentimiento del cesionario. Lo que es más importante, esa notificación permite al cesionario obtener una prelación, una vez nacido el crédito, desde el momento en que el deudor recibe el aviso, si, según la ley de la ubicación del cedente, la prelación viene determinada por el momento de la notificación (para lograr ese resultado, el artículo 24 prevé que las cuestiones reguladas en el proyecto de convención, incluidas las relacionadas con la notificación, quedarán excluidas de la ley de la ubicación del cedente; véase el párr. 165). El momento en que nace el crédito se deja a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención.

El aviso en las cesiones subsiguientes

132. El párrafo 3), inspirado en el párrafo 2) del artículo 11 del Convenio de Ottawa, es una de las disposiciones importantes del proyecto de convención, en particular para las operaciones de facturaje internacional. En esas operaciones, el cedente cede normalmente los créditos a un cesionario en su propio país (empresa de facturaje exportadora) y ésta posteriormente los cede a un cesionario en el país del deudor (empresa de facturaje importadora). Con ese arreglo, el cobro del deudor se ve facilitado en la medida en que la empresa importadora puede adoptar todas las medidas necesarias para que la segunda cesión sea eficaz frente al deudor. El funcionamiento eficiente de esas operaciones se basa en el supuesto de que la primera cesión es también eficaz frente al deudor. Dado que en la segunda cesión sólo se notifica normalmente al deudor, es imprescindible asegurarse de que esa notificación de la segunda cesión abarca igualmente la primera. En otro caso, la primera cesión podría resultar ineficaz frente al deudor, situación que posiblemente afectaría igualmente la eficacia de la segunda cesión. Para atender a situaciones en que se hace más de una cesión subsiguiente, el párrafo 3) dispone que el aviso comprende toda cesión anterior, y no sólo la inmediatamente precedente (en cuanto la cuestión de la liberación del deudor en el caso de varias notificaciones relativas a cesiones subsiguientes, véase el párrafo 138). Tal vez desee la Comisión examinar si la notificación debería indicar que se refiere a una cesión subsiguiente, aunque no enumerase todas las cesiones. Este método permitirá al deudor determinar, en el caso de notificaciones múltiples, si debe pagar de conformidad con la primera notificación recibida (artículo 19 2)) o con la notificación de la última de esas cesiones subsiguientes (artículo 19 4)).

Artículo 19. Pago liberatorio del deudor

1) Hasta que reciba el aviso de la cesión, el deudor podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen. Una vez recibido el aviso de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos 2) a 6) del presente artículo, el deudor podrá efectuar el pago liberatorio en favor únicamente del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito.

2) El deudor, de serle notificada mas de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el primer aviso que reciba.

- 3) El deudor, si recibe más de unas instrucciones para el pago relativas a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones para el pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo.
- 4) El deudor, si recibe aviso de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el aviso de la última de las cesiones subsiguientes.
- 5) El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.
- 6) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 98 a 117, 127 a 131, 169 a 173 y 179 A/CN.9/455, párrs. 52 a 58
A/CN.9/432, párrs. 165 a 174 y 178 a 204 A/CN.9/456, párrs. 181 a 193
A/CN.9/434, párrs. 176 a 191 A/CN.9/466, párrs. 124 a 132
A/CN.9/447, párrs. 69 a 93 y 153 a 157

Comentario

133. El artículo 19 persigue dos metas, proporcionar un mecanismo claro para la liberación del deudor de su obligación mediante el pago, y asegurar el pago de la deuda. No tiene por objeto la liberación del deudor en general ni el pago de la obligación en sí misma, ya que esa obligación está sometida al contrato de origen y a la ley que rija ese contrato. Tampoco tiene por objeto tratar cuestiones de prelación. La norma básica es que, hasta que el deudor reciba aviso de una cesión, podrá liberarse efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen, mientras que, después de la notificación, la liberación se obtiene únicamente mediante el pago con arreglo a las instrucciones dadas por el cedente o por el cesionario junto con la notificación, o posteriormente por el cesionario. El artículo 19 se ocupa también diversas situaciones particulares en las que: intervienen varias notificaciones el deudor es notificado por el cesionario y duda de si éste es quien tiene realmente derecho a cobrar y la liberación se logra con un pago efectuado conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención.

134. Conforme al párrafo 1), hasta el momento en que recibe un aviso, el deudor tiene derecho, pero no está obligado, a liberarse efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen (es decir, pagando al cedente o a otra persona o una cuenta o una dirección indicadas en el contrato de origen). Dado que la cesión es eficaz desde el momento de la celebración del contrato de cesión, el deudor, conocedor de ésta, puede preferir liberarse de su deuda pagando al cesionario. Pero en tal caso asume el riesgo de tener que pagar dos veces, si resulta luego que no hubo ninguna cesión. El Grupo de Trabajo decidió no referirse explícitamente a la posibilidad de que el deudor pueda pagar al cedente o al cesionario, con objeto de no socavar prácticas, como la bursatilización, en las que normalmente se espera que el deudor continúe pagando al cedente. La referencia al pago “de conformidad con el contrato de origen”, y no al pago al cedente, tiene por fin conservar el derecho del cedente y el deudor a acordar cualquier tipo de pago adecuado para satisfacer sus necesidades (por ejemplo, pago a una cuenta bancaria sin identificación del titular de la cuenta, o pago a un tercero).

135. Después de la notificación, el deudor no puede elegir cómo liberarse de su deuda. Sólo podrá liberarse de su obligación pagando al cesionario o de acuerdo con las instrucciones que reciba de él. El cesionario podrá,

por ejemplo, notificar al deudor a fin de congelar los derechos de compensación de éste, sin solicitar el pago o solicitándole que siga pagando al cedente (este es el caso, por ejemplo, en el descuento oculto de facturas o la bursatilización). Para evitar cualquier incertidumbre, el párrafo 1) repite lo que se dice en el párrafo 1) del artículo 15, a saber, que esas instrucciones pueden darlas el cedente o el cesionario junto con la notificación, o únicamente el cesionario, después de ésta.

Conocimiento/buena fe

136. El conocimiento de una cesión no debe tratarse como una notificación y ocasionar un cambio de la manera en que el deudor podría liberarse de su obligación. Aunque es un objetivo importante hacer que la práctica comercial se ajuste a las normas de la buena fe, no debe lograrse a expensas de la certeza. Ésta disminuiría si el conocimiento de la cesión provocase un cambio de la manera en que el deudor puede cumplir su obligación. El conocimiento no debe tratarse como notificación, ya que, en ciertos casos en que el cesionario no dispone de la estructura comercial necesaria para recibir pagos (por ejemplo, en la bursatilización), es práctica comercial normal que el deudor siga pagando al cedente aun a sabiendas de la cesión. Con respecto a si la nulidad (por ejemplo, por fraude, violencia o falta de capacidad para actuar) o si el conocimiento de la nulidad de una cesión deberían tenerse en cuenta en la liberación del deudor, el Grupo de Trabajo decidió que la cuestión del pago a una persona a la que se hubiera hecho una cesión nula se planteaba sólo en situaciones excepcionales y podía dejarse a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Tal vez desee la Comisión volver a examinar esta cuestión. Aunque las notificaciones fraudulentas no plantearan un problema en la práctica, el hecho de que un deudor no pudiera confiar en una notificación a primera vista legítima podría debilitar la certidumbre que el deudor necesita de lograr su liberación. Una norma que protegiera al deudor que pagara de buena fe en el supuesto de una “pretendida cesión” sería compatible con la política general de proteger al deudor (el proyecto de artículo 12.308 de los Principios Contractuales Europeos se refiere al deudor que actúe de buena fe y no conozca ni tenga por qué conocer la invalidez de la cesión).

Liberación del deudor y prelación/conocimiento de reclamaciones de mayor prelación

137. A diferencia del párrafo 1) del artículo 8 del Convenio de Ottawa, el artículo 19 no requiere que el deudor pague a quien tenga prelación para que su liberación sea válida. Una vez acordado que la cesión no debe perjudicar a la situación jurídica del deudor, el Grupo de Trabajo trazó una clara distinción entre la cuestión de la liberación del deudor y la de la prelación. En consecuencia, el pago conforme al artículo 19 libera al deudor, incluso si la persona que recibe el pago no tiene prelación. Sería injusto e incompatible con la política de protección del deudor exigir a éste que determinase quién, de varios reclamantes, tiene prelación, y que el deudor pagase por segunda vez de haberlo hecho antes a quien no debía. El deudor tendría muy probablemente acción contra esa persona, pero sus derechos podrían verse frustrados de caer esa persona en la insolvencia. El riesgo de la insolvencia del deudor que reciba el pago debe recaer sobre los diversos reclamantes de los créditos y no sobre el deudor. Esos reclamantes tendrán que resolver entre ellos mismos sus derechos sobre el producto del pago, de conformidad con la ley que rija la prelación conforme al proyecto de convención.

138. Los párrafos 2) y 4) tienen por fin proporcionar normas claras y simples en el caso de varias notificaciones. El párrafo 2) se refiere a situaciones en las que el deudor recibe varias notificaciones relativas a más de una cesión de los mismos créditos por el mismo cedente (“cesiones duplicadas”). Esas situaciones no entrañan necesariamente fraude. Pueden, por ejemplo, comprender varias cesiones incondicionales de créditos a título de garantía, para obtener crédito que no exceda del valor de los créditos cedidos. En esas cesiones, la principal cuestión es saber quién obtendrá primero el pago (es decir, quién tiene prelación). El párrafo 4) se ocupa de las notificaciones relativas a más de una cesión subsiguiente. Esas situaciones se dan raramente en la práctica, ya que normalmente sólo el último en una cadena de cesionarios notifica al deudor y solicita el pago. En cualquier caso, para evitar toda incertidumbre en cuanto a la manera en que el deudor puede liberarse de su deuda, el párrafo 4) dispone que deberá seguir las instrucciones contenidas en la notificación de la última cesión de una cadena de ellas. Para que se aplique esa norma, las notificaciones recibidas por el deudor habrán de ser

prontamente identificables como avisos relativos a cesiones subsiguientes. En otro caso se aplicaría la norma contenida en el párrafo 2) y el deudor quedaría liberado por el pago hecho de conformidad con la primera notificación recibida. En cualquier caso, conforme al párrafo 5), el deudor, en caso de duda, puede pedir prueba suficiente a los cesionarios notificantes. Si el deudor recibe diversas notificaciones relativas a varias cesiones de los mismos créditos por el mismo cedente y a cesiones subsiguientes, conforme a una aplicación combinada de los párrafos 2) y 4), quedará liberado pagando de conformidad con la primera notificación de la última cesión (sobre la liberación del deudor en el supuesto de cesiones subsiguientes parciales, véanse los párrs. 32 a 34).

Modificación o corrección de las instrucciones para el pago

139. El párrafo 3) tiene por fin asegurar que el cesionario pueda modificar o corregir sus instrucciones para el pago. Tanto si el deudor es notificado por el cedente como por el cesionario, si se envía una nueva instrucción para el pago con respecto a exactamente la misma cesión, el deudor podrá liberarse de su deuda únicamente de conformidad con esa instrucción. La única condición es que, en armonía con la política subyacente en el párrafo 1) de artículo 15, después de la notificación, la instrucción para el pago ha de ser dada por el cesionario. Con objeto de proteger al deudor contra el riesgo de tener que pagar dos veces, el párrafo 3) dispone expresamente que debe prescindirse de una instrucción para el pago recibida por el deudor después de haberlo efectuado.

Derecho del deudor a solicitar más información

140. Conforme al artículo 15, puede dar aviso no sólo el cedente sino también el cesionario, independientemente del cedente. Como consecuencia, el deudor puede recibir la notificación de una cesión de una persona posiblemente desconocida y dudar de si esa persona es un reclamante legítimo, pagando al cual se liberaría. Para proteger al deudor de la incertidumbre sobre cómo liberarse de la deuda en esos casos, el párrafo 5) le da derecho a pedir al cesionario que presente prueba suficiente de la cesión en un plazo razonable. El párrafo 5) no introduce una obligación del deudor, ya que pedir prueba adicional en todos los casos retrasaría innecesariamente el pago y aumentaría el costo de la notificación. La determinación de qué constituye prueba “suficiente” y un plazo “razonable” es asunto que deberán interpretar los tribunales judiciales o arbitrales teniendo en cuenta las circunstancias particulares. El Grupo de Trabajo estimó necesaria la flexibilidad introducida con estos términos, ya que no se podía hallar una norma adecuada para todos los casos posibles. Además, con objeto de evitar toda incertidumbre que pudiera presentarse como consecuencia de la utilización de estos términos, decidió incluir una regla de “puerto seguro”, según la cual una confirmación por escrito del cedente constituiría prueba suficiente (en ese supuesto, de conformidad con el proyecto de artículo 12.303 de los Principios Contractuales Europeos, la cesión debe hacerse por escrito y el deudor debe tener la posibilidad de comprobarla).

141. La notificación no provoca la obligación de pagar, que sigue sometida al contrato de origen y a la ley aplicable a éste. Esto significa que el deudor no tiene que pagar al recibo del aviso y no debe intereses por pago atrasado mientras espera la prueba suficiente solicitada. Si, con todo, la deuda llegara a ser pagadera dentro de ese plazo de conformidad con el contrato de origen, se plantea la cuestión de si el pago de la obligación quedará suspendido hasta que el deudor reciba esa prueba y tenga tiempo razonable para evaluarla y actuar en consecuencia. Si la obligación de pagar no queda suspendida, la importancia de la protección concedida al deudor por el párrafo 5) puede reducirse en la medida en que el deudor que retrasase el pago, incluso por razones justificadas, tendría que pagar intereses. El Grupo de Trabajo actuó en la inteligencia de que la obligación de pagar quedaría suspendida en esos casos, pero prefirió no incluir ningún texto explícito en el párrafo 5), ya que podía alcanzarse ese resultado en cualquier caso sin ninguna redacción explícita y cualquier texto adicional podría tropezar involuntariamente con la legislación nacional en materia de intereses.

Liberación del deudor en virtud de otra ley

142. El párrafo 6) tiene por fin asegurar que el proyecto de artículo 19 no excluya otras maneras de liberación de la obligación del deudor que puedan existir conforme a la ley nacional aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (por ejemplo, una notificación que no cumpla los requisitos de los artículos 6 f) 15 ó 18).

Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor

- 1) El deudor, frente a la acción que interponga el cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer o hacer valer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato de origen, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la acción fuese interpuesta por el cedente.
- 2) El deudor podrá hacer valer contra el cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo tenga en el momento de serle notificada la cesión.
- 3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el deudor no podrá oponer ni hacer valer contra el cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el artículo 10 en razón del incumplimiento de acuerdos por los que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 66 a 68 y 132 a 135
A/CN.9/432, párrs. 205 a 209
A/CN.9/434, párrs. 194 a 197

A/CN.9/447, párrs. 94 a 102
A/CN.9/456, párrs. 194 a 199
A/CN.9/466, párrs. 133 a 136

Comentario

143. El artículo 20 es otra aplicación particular del principio general de que la situación jurídica del deudor no debe verse indebidamente afectada como resultado de la cesión. El deudor goza frente al cesionario de las mismas excepciones y los mismos derechos de compensación que podría esgrimir contra el cedente (véase una excepción en el artículo 20 3)). Cuáles sean esas excepciones y esos derechos de compensación es materia de la que no se ocupa el proyecto de convención, sino que se deja para otra ley. Sin embargo, el cesionario no es parte en el contrato de origen y, por consiguiente, no incurrirá en una responsabilidad contractual positiva por el incumplimiento del cedente. En tal caso, el deudor podrá hacer valer el incumplimiento para oponerse a la reclamación del cesionario, pero tendrá que hacer una reclamación separada al cedente para obtener, por ejemplo, la indemnización de cualquier pérdida sufrida a consecuencia del incumplimiento por parte de éste.

Excepciones y derechos de compensación en virtud del contrato de origen y de los contratos conexos: ausencia de limitaciones

144. Conforme al párrafo 1), el deudor podrá oponer frente al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato de origen, sin limitación alguna, inclusive: créditos contractuales, que en algunos ordenamientos jurídicos pueden no ser considerados “excepciones”; derechos a rescindir el contrato, por ejemplo, por error, fraude o violencia; exención de la responsabilidad por incumplimiento, por ejemplo, en razón de un impedimento imprevisto que escape al control de las partes; y reconveniones conforme al contrato original. El deudor podrá hacer valer también excepciones, y los derechos de compensación derivados de contratos entre el cedente y el deudor que estén estrechamente relacionados con el contrato de origen (por ejemplo, un acuerdo de mantenimiento o de otros servicios en apoyo del contrato de compraventa original) y deberán tratarse de la misma forma que los derechos de compensación nacidos del contrato de origen. Esas excepciones y derechos de compensación podrán hacerse valer con independencia de que existieran en el momento de la notificación de la cesión o hayan surgido sólo después de esa notificación.

Otros derechos de compensación: existentes hasta la notificación del deudor

145. El párrafo 2) introduce una limitación temporal con respecto a los derechos de compensación derivados de cualquier otra fuente distinta del contrato de origen, es decir, un contrato aparte entre el cedente y el deudor, un principio jurídico (por ejemplo, una norma de responsabilidad extracontractual) o una decisión judicial o de otra índole. Esos derechos no pueden hacerse valer frente al cesionario si empiezan a existir después de la notificación de la cesión. La justificación subyacente a esta norma es que los derechos de un cesionario diligente que notifica al deudor no deben quedar sometidos a los derechos de compensación nacidos en cualquier momento de tratos distintos entre el cedente y el deudor u otros acontecimientos, de los que no cabe razonablemente esperar que el cesionario tenga conocimiento. Por otro lado, los intereses del deudor no se ven indebidamente afectados, ya que, si el hecho de que el deudor no pueda acumular derechos de compensación constituye una gravosidad inaceptable para él, el deudor puede evitar celebrar nuevos tratos con el cedente (sobre la cuestión de si el deudor puede declarar rescindido el contrato de origen, véanse los párrs. 102 y 104). En vista de la justificación mencionada del párrafo 2), no quedan afectados los derechos de compensación derivados de contratos aparte entre deudor y cesionario. Esos derechos pueden esgrimirse frente al cesionario incluso después de la notificación de la cesión, al igual que los derechos de compensación derivados del contrato de origen. Hay que observar también que una notificación produce la congelación de los derechos de compensación del deudor, contenga o no una instrucción para el pago. Con este criterio se trata de atender a prácticas en las que se da un simple aviso con la finalidad de excluir exactamente la posibilidad de que el deudor adquiriera derechos de compensación en virtud de actos u omisiones del cedente que escapen al control del cesionario, mientras que se espera que el deudor continúe pagando al cedente.

“Que tenga”

146. El significado exacto de la expresión “que tenga” (por ejemplo, si el derecho de compensación tendrá que ser “real y determinado” en el momento en que el deudor reciba la notificación) se deja a otra ley. El Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo sobre la introducción de esa aclaración en el texto del artículo 20, porque estimó que se traduciría en limitar indebidamente los derechos de compensación del deudor a los cuantificados en el momento de la notificación. Tampoco pudo llegar a un acuerdo sobre la ley por la que se regirían las cuestiones relativas a los derechos de compensación (véase, sin embargo, el párr. 195). Tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de aclarar, al menos, que la contrademanda pertinente del deudor no necesita haber surgido en el momento de la notificación. De otro modo, la contrademanda potencial del deudor que debiera surgir al mismo tiempo que la demanda del acreedor, se extinguiría por la cesión por éste de su demanda. Ese resultado iría contra el principio de que la cesión no debe perjudicar la situación jurídica del deudor.

Excepciones y derechos de compensación en caso de incumplimiento de una limitación contractual

147. El párrafo 3) tiene por fin asegurar que el deudor no pueda hacer valer frente al cesionario en calidad de excepción o derecho de compensación el incumplimiento por el cedente de una limitación contractual. El deudor puede tener una acción contra el cedente si, conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, esa cesión constituye un incumplimiento de contrato que ocasione una pérdida al deudor. Pero la mera existencia de una limitación contractual no es una violación de la garantía implícita contenida en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 14. A falta de una disposición análoga al párrafo 3), el párrafo 2) del artículo 11, que mantiene indemne al cesionario por un incumplimiento de contrato del cedente, podría quedar privado de todo significado.

Artículo 21. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación

1) Sin perjuicio de la ley que rijan la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en donde esté situado el deudor, éste podrá convenir mediante escrito

firmado con el cedente en no oponer las excepciones ni hacer valer frente al cesionario los derechos de compensación que tenga con arreglo al artículo 20. En virtud de ese acuerdo, el deudor no podrá oponer esas excepciones ni hacer valer esos derechos contra el cesionario.

2) El deudor no podrá renunciar a oponer:

- a) Las excepciones dimanadas de actos fraudulentos imputables al cesionario;
- b) Las excepciones basadas en su propia incapacidad.

3) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor. Los efectos de las modificaciones de esta índole respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 22.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 136 a 144
A/CN.9/432, párrs. 218 a 238
A/CN.9/434, párrs. 205 a 212

A/CN.9/447, párrs. 103 a 121
A/CN.9/456, párrs. 200 a 204
A/CN.9/466, párrs. 137 a 140

Comentario

148. Con objeto de obtener más dinero por sus créditos y a un costo inferior, los cedentes suelen garantizar frente a los cesionarios la falta de excepciones y derechos de compensación del deudor. En reconocimiento de esta práctica, el apartado c) del párrafo 1) del artículo 14 dispone que esa garantía exista incluso a falta de un acuerdo al respecto entre las partes. En la práctica, si no es posible dar esas garantías implícitas y los créditos pueden ser objeto de excepciones, o no son aceptados por los cesionarios o se aceptan por un valor apreciablemente reducido o sólo con carácter de recurribles (es decir, si el cesionario no puede cobrar de los deudores, tendrá derecho a devolver los créditos y cobrar del cedente). Para evitar esos efectos perjudiciales, los cedentes, en la práctica, negocian con los deudores renuncias a las excepciones y los derechos de compensación que los deudores podrán hacer valer frente a un futuro cesionario. Sobre la base de esas renuncias, los cesionarios determinan las condiciones de crédito ofrecidas a los cedentes, lo que a su vez puede afectar las condiciones de crédito que éstos ofrecen a los deudores.

149. Con miras a permitir que los cedentes obtengan crédito a bajo costo, el artículo 21 convalida esas renuncias a las excepciones y los derechos de compensación. Además, para evitar la incertidumbre en cuanto a las consecuencias jurídicas de una renuncia y que un tribunal pueda anularla por no ser equitativa para el deudor o ser aplicable sólo entre el cedente y el deudor, el párrafo 1) expresa lo que puede parecer obvio en algunos ordenamientos jurídicos, a saber, que una renuncia convenida entre el cedente y el deudor podrá beneficiar al cesionario. Reconociendo que, en la práctica, se puede convenir una renuncia en el momento de la celebración del contrato de origen, así como antes o después, el párrafo 1) no menciona expresamente del momento en que se podrá convenir una renuncia. El párrafo 1) tampoco exige que las excepciones sean conocidas por el deudor ni se declaren expresamente en el acuerdo por el que se renuncia a ellas. El Grupo de Trabajo estimó que ese requisito introduciría un elemento de incertidumbre, ya que el cesionario tendría que demostrar lo que el deudor sabía o podía haber sabido en cada caso particular. Si la aceptación de una cesión por el deudor debe interpretarse como renuncia o como confirmación de una renuncia, o si la renuncia a las excepciones debe interpretarse como consentimiento o confirmación del consentimiento del deudor a la cesión se deja a otra ley.

Renuncia a las excepciones convenidas entre el cesionario y el deudor

150. El alcance del párrafo 1) se limita a las renunciaciones convenidas por el cedente y el deudor. Como consecuencia, las limitaciones contenidas en el párrafo 2) no se aplican a las convenidas entre el deudor y el cesionario. El Grupo de Trabajo juzgó que el proyecto de convención no debía limitar la capacidad del deudor de negociar con el cesionario a fin de obtener un beneficio, como un tipo de interés más bajo o un plazo de pago más largo. Al mismo tiempo, estimó igualmente que, puesto que los acuerdos entre cesionarios y deudores quedaban fuera del alcance del proyecto de convención, éste no debía habilitar al deudor para negociar renunciaciones con los cesionarios si, conforme a la ley aplicable, el deudor no tuviese esa facultad (véase el párr. 75).

Limitaciones para la renuncia

151. Aunque orientado a facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo, lo que interesa al comercio en general, el artículo 21 no desatiende la protección del deudor. A fin de proteger a los deudores de una presión indebida por parte de los acreedores para que renuncien a sus excepciones, los párrafos 1) y 2) establecen limitaciones razonables con respecto a esas renunciaciones a las excepciones. Esas limitaciones se refieren a la forma en que se pueden hacer las renunciaciones, a ciertos tipos de deudores y a ciertos tipos de excepciones.

152. De conformidad con el párrafo 1), la renuncia no puede ser un acto unilateral ni un acuerdo verbal; debe adoptar la forma de un acuerdo por escrito firmado por el deudor, a fin de asegurar que ambas partes, y en particular el deudor que renuncia a derechos, estén bien informadas del hecho de la renuncia y de sus consecuencias, incluidos los beneficios ofrecidos a cambio al deudor, y con objeto de facilitar la prueba. Además, una renuncia no puede prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor vigente en el país en que el deudor tenga su establecimiento (sobre los créditos al consumo y la protección de los consumidores, véanse los párrs. 36, 100, 128 y 196). En los casos en que se aplique el proyecto de convención, esta disposición sustituye la norma general establecida en el artículo 29 por una remisión específica a la ley aplicable en el lugar de ubicación del deudor. A fin de eludir las diferencias terminológicas y de otra índole existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos, el párrafo 1) se refiere a los deudores en operaciones efectuadas “para fines personales, familiares o domésticos”. Además, conforme al párrafo 2), una renuncia no puede referirse a las excepciones dimanadas de actos fraudulentos cometidos por el cesionario. Ello iría contra las normas fundamentales de la buena fe. Con miras a proteger a un cesionario que acepte de buena fe una cesión, el Grupo de Trabajo decidió no aplicar la misma limitación a las excepciones relativas a un fraude del cedente. Si el deudor no pudiera renunciar a esas excepciones, el cesionario tendría que investigar para cerciorarse de que el cedente no cometió ningún fraude en el contexto del contrato de origen. La limitación conforme al párrafo 2), sin embargo, no se aplica únicamente a las excepciones relativas al fraude cometido por el cesionario sólo sino también a las relativas al cometido por éste en colusión con el cedente.

Modificaciones de las renunciaciones

153. En armonía con el párrafo 1), el párrafo 3) requiere para la modificación de una renuncia la forma de un acuerdo por escrito firmado por el deudor. Las partes han de ser advertidas de las consecuencias jurídicas de esa modificación, que debe poderse probar fácilmente, de ser necesario. Con miras a asegurarse de que una modificación, convenida por el cedente y el deudor, no afecte a los derechos del cesionario, el párrafo 3) somete la modificación al procedimiento previsto en el párrafo 2) de artículo 22 para la modificación del contrato de origen después de la notificación de la cesión (es decir, al consentimiento real o tácito del cesionario; véase el párrafo 157).

Artículo 22. Modificación del contrato de origen

1) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes.

2) Una vez notificada la cesión, el acuerdo concertado entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste a menos que:

a) Consienta en él; o

b) El crédito no sea exigible por no haberse cumplido plenamente el contrato de origen y éste prevea la posibilidad de una modificación o, en el contexto de dicho contrato, un cesionario razonable consentiría en ella.

3) Lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Referencias

A/CN.9/420, párr. 109

A/CN.9/432, párrs. 210 a 217

A/CN.9/434, párrs. 198 a 204

A/CN.9/447, párrs. 122 a 135

A/CN.9/456, párrs. 205 y 206

A/CN.9/466, párrs. 141 y 142

Comentario

154. En la práctica, puede ser necesario a menudo modificar el contrato de origen, por diversas razones (por ejemplo, pueden necesitarse en la construcción de un proyecto equipo o materiales diferentes de los acordados). Los efectos de esas modificaciones del contrato entre cedente y deudor, o entre cedente y cesionario, se tratan en el contrato pertinente. Reconociendo la autonomía de la voluntad de las partes a este respecto, el artículo 22 no se inmiscuye en las relaciones entre cedente y deudor o entre cedente y cesionario. Por ello, los requisitos y las consecuencias jurídicas de un acuerdo de modificación eficaz entre cedente y deudor quedan sometidos a la ley por la que se rija ese acuerdo, y no se ven afectados cualesquiera derechos que el cesionario pueda tener frente al cedente por incumplimiento del contrato (véase el párr. 158). Sin embargo, el artículo 22 se ocupa de los efectos para terceros de esas modificaciones del contrato, que sólo pueden tratarse mediante disposiciones legales y que únicamente algunas jurisdicciones regulan. Para tratar esos efectos con respecto a terceros, el artículo 22 prevé, por una parte, que el deudor tiene, frente al cesionario, el derecho de modificar el contrato de origen. En consecuencia, si se modifica el precio de los bienes o servicios ofrecidos conforme al contrato de origen, el deudor no podrá hacer valer como excepción la modificación del contrato, afirmando que el cesionario no tiene ningún derecho en virtud del nuevo contrato modificado, y negarse a pagar incluso el precio reducido. De igual modo, el pago del precio reducido liberaría al deudor de su obligación.

155. La norma básica introducida por el artículo 22 es que, antes de la notificación, cedente y deudor pueden modificar libremente su contrato. No precisan obtener el consentimiento del cesionario, aunque el cedente pueda haberse comprometido en el contrato de cesión a abstenerse de toda modificación del contrato sin el consentimiento del cesionario o pueda estar obligado en buena fe a informar a éste de la modificación del contrato. El incumplimiento de este compromiso puede dar lugar a responsabilidad del cedente frente al cesionario, pero no invalida un acuerdo por el que se modifique el contrato de origen, ya que esa solución afectaría de modo inconveniente a los derechos del deudor. Después de la notificación, una modificación del contrato de origen será eficaz frente al cesionario sólo con el consentimiento real o tácito de éste. La justificación subyacente es que, después de la notificación, el cesionario se convierte en parte en una relación triangular y cualquier cambio en esa relación que afecte a sus derechos no debe obligarlo en contra de su voluntad. Este enfoque se ajusta a lo dispuesto en el artículo 19, según el cual, antes de la notificación, el deudor puede cumplir su obligación de conformidad con el contrato de origen.

Modificación antes de la notificación al deudor

156. El párrafo 1) exige un acuerdo entre el cedente y el deudor que se celebre antes de la notificación de la cesión y que afecte a los derechos del cesionario. Si el acuerdo no los afecta, no se aplica el párrafo. Si el acuerdo se celebra después de la notificación, se aplica el párrafo 2). De conformidad con el artículo 18, el momento pertinente es aquel en que el deudor recibe el aviso, ya que, a partir de ese momento, puede liberarse de su obligación únicamente de conformidad con las instrucciones para el pago que le dé el cesionario.

Modificación después de la notificación al deudor

157. El párrafo 2) está formulado de manera negativa, ya que la norma es que, después de la notificación, las modificaciones son ineficaces frente al cesionario, a menos que se satisfaga otro requisito. “Ineficaz” significa que el cesionario puede reclamar el crédito original y el deudor no queda plenamente liberado pagando menos que el valor del crédito original. El párrafo 2) requiere un consentimiento real o tácito del cesionario. Se necesita un consentimiento real cuando el crédito ha sido plenamente obtenido mediante el cumplimiento de la obligación y el cesionario tiene, pues, la expectativa razonable de que recibirá el pago del crédito original. Para los fines del proyecto de convención, un crédito se considera plenamente obtenido cuando se expide una factura, aunque el contrato pertinente haya sido cumplido sólo parcialmente. En consecuencia, para modificar esos contratos parcialmente cumplidos, se exige el consentimiento real del cesionario. El consentimiento tácito existe cuando el contrato de origen permite modificaciones o cuando un cesionario razonable habría consentido en ellas. Ese consentimiento es suficiente si el crédito no ha sido plenamente obtenido y la modificación está prevista en el contrato de origen o un cesionario razonable habría consentido en esa modificación. Al exigir un consentimiento real o tácito, el Grupo de Trabajo se propuso encontrar un equilibrio apropiado entre certidumbre y flexibilidad. Cuando un crédito ha sido plenamente obtenido, su modificación afecta a las expectativas razonables del cesionario y debe, por consiguiente, quedar sometido al consentimiento de éste. Si, por el contrario, un crédito no ha sido plenamente obtenido, no hay necesidad de sobrecargar a las partes con requisitos que puedan afectar al funcionamiento eficiente de un contrato. En particular, en contratos de larga duración, como la financiación de proyectos o los acuerdos de reestructuración de la deuda (en los que se ofrecen créditos como garantía a cambio de una reducción del tipo de interés o una prórroga del plazo de vencimiento), el requisito de que el cedente tuviese que obtener del cesionario el consentimiento a cada mínima modificación del contrato podría entorpecer las operaciones, a la vez que crearía una carga inconveniente para el cesionario. Pero este problema no se plantearía normalmente, ya que en la práctica las partes tienden a resolver esas cuestiones mediante un acuerdo sobre qué tipos de modificación requieren el consentimiento del cesionario. A falta de ese acuerdo o en el caso de su incumplimiento por el cedente, el párrafo 2) proporcionaría al deudor un grado suficiente de protección.

158. El párrafo 3) tiene por fin conservar los derechos del cesionario frente al cedente si una modificación del contrato de origen infringe un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Esto significa que, cuando una modificación es eficaz frente al cesionario sin su consentimiento, el deudor queda liberado pagando de conformidad con el contrato modificado. El cesionario puede, sin embargo, volverse contra el cedente y reclamar el saldo del crédito original e indemnización de los daños y perjuicios eventualmente sufridos, si la modificación infringe un acuerdo entre ambos de conformidad con la ley aplicable a dicho acuerdo.

Artículo 23. Reintegro de la suma pagada

Sin perjuicio de la ley que rija la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en donde esté situado el deudor ni de los derechos reconocidos al deudor en el artículo 20, el incumplimiento por el cedente del contrato de origen no dará derecho al deudor a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

Referencias

A/CN.9/432, párrs. 239 a 244
A/CN.9/434, párrs. 94 y 213 a 215

A/CN.9/456, párrs. 207 y 208
A/CN.9/466, párrs. 143 y 144

Comentario

Norma: no se reintegrará la suma pagada por el cesionario

159. En la práctica, el deudor puede pagar al cesionario antes de que el cedente cumpla sus obligaciones conforme al contrato de origen. Si el cedente no cumple, se plantea la cuestión de si el deudor podrá recuperar del cesionario las cantidades pagadas. Esta cuestión es de particular importancia cuando el cedente cae en la insolvencia y resulta imposible obtener de él ese reintegro. El artículo 23 dispone que, si el deudor paga al cesionario y el cedente no cumple debidamente el contrato de origen, el deudor no podrá recurrir contra el cesionario; quedará sin la acción que pudiera haber tenido contra el cedente con arreglo al contrato de origen y a la ley por la que se rija ese contrato. Como consecuencia, el deudor soporta el riesgo de la insolvencia de su cocontratante, lo que hubiera ocurrido de todas maneras de no haber habido una cesión. Observando que el artículo 10 del Convenio de Ottawa sigue ese método sólo cuando el deudor tiene una acción contra el cedente, y prevé excepciones en el supuesto de enriquecimiento injusto o mala fe del cesionario, el Grupo de Trabajo estimó que la diferencia se justificaba. El derecho del deudor a que el cesionario le reintegre las sumas pagadas funciona como una garantía del cesionario de que el cedente cumplirá el contrato de origen. Esa garantía puede ser apropiada en las situaciones concretas de facturaje a que se refiere el Convenio de Ottawa, pero se juzgó inapropiada en el contexto de la amplia variedad de operaciones de financiación o servicios comprendidas en el proyecto de convención.

Excepciones

160. En armonía con el principio de que el proyecto de convención no pretende prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor, el artículo 23 mantiene el derecho que el deudor consumidor pueda tener, de conformidad con la ley del país en que esté situado, a declarar rescindido el contrato de origen y recuperar del cesionario los pagos que se le hayan hecho (sobre los créditos al consumo y la protección del consumidor, véanse los párrs. 36, 100, 128, 152 y 196). La referencia hecha al artículo 20 parece introducir una segunda excepción. En el supuesto de pago a plazos, quedan resguardados las excepciones y los derechos de compensación con respecto a las cuotas pendientes. Tal vez desee la Comisión examinar si ese resultado es ya suficientemente claro en el artículo 20.

Sección III. Otras partes

Comentario

Estructura de la sección III

161. Los artículos 24 (ley aplicable a las prelaciones) y 25 (orden público) son normas de derecho internacional privado. El artículo 26 (normas especiales sobre el producto) es una mezcla de norma de derecho internacional privado y norma de derecho sustantivo, y el artículo 27 es una norma de derecho sustantivo. El artículo 24 va seguido por los artículos 25, 26 y 27 (renuncia a la prelación), que tienen por objeto matizar su aplicación. El artículo 25 aparece antes del artículo 26, no porque no se aplique igualmente a las situaciones de que este último artículo trata, sino porque, con respecto a las cuestiones de derecho internacional privado, se remite al artículo 24 y, con respecto a las de derecho sustantivo, constituye una norma independiente. El artículo 25 no pretende limitar la aplicación de la norma especial de prelación, de derecho sustantivo, del artículo 27.

Artículo 24. Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes

Con excepción de los supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención, y a reserva de lo dispuesto en sus artículos 25 y 26, la ley del Estado en donde esté situado el cedente será la que rija:

a) el alcance del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido y la prelación del derecho del cesionario respecto de los derechos concurrentes sobre el crédito cedido:

- i) de otro cesionario del mismo crédito de un mismo cedente, aun cuando ese crédito no sea un crédito internacional y su cesión a este cesionario no sea internacional;
- ii) de los acreedores del cedente; y
- iii) del administrador de la insolvencia;

b) la existencia y el alcance de los derechos de las personas enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a) del presente artículo sobre el producto del crédito cedido, y la prelación del derecho del cesionario sobre ese producto respecto de los derechos concurrentes de esas personas; y

c) si, por disposición legal, un acreedor goza de algún derecho sobre el crédito cedido dimanante de sus derechos sobre otros bienes del cedente, y cuál es el alcance de tales derechos sobre el crédito cedido.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 149 a 164
A/CN.9/432, párrs. 245 a 260
A/CN.9/434, párrs. 238 a 258
A/CN.9/445, párrs. 18 a 29 y 30 a 40

A/CN.9/455, párrs. 18 a 34
A/CN.9/456, párrs. 209 a 213
A/CN.9/466, párrs. 20 a 24 y 32 a 35

Comentario

162. El artículo 24 es una de las disposiciones más importantes del proyecto de convención. Tiene por objeto servir al objetivo principal de éste, que es el de facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo, aumentando la certidumbre en cuanto a los derechos respectivos de los reclamantes en conflicto. Este resultado no se logra por medio de una norma de prelación de derecho sustantivo (en cuanto al significado del término “prelación”, véanse los párrs. 63 a 65), porque el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un consenso sobre tal norma (véanse, sin embargo, sobre las normas de prelación de derecho sustantivo, los artículos 26 y 27, el anexo y el artículo 40). Se logra por medio de una norma de derecho internacional privado que somete los conflictos de prelación a la ley de una sola jurisdicción, fácilmente determinable (la ley de la ubicación del cedente; sobre el significado del término “ubicación”, véanse los párrs. 66 a 70). Dicha norma constituye una mejora importante con respecto a la situación actual, en la que los cesionarios suelen rechazar los créditos internacionales como garantía del crédito, o aceptarlos a un bajo valor o sólo como garantía adicional, ya que no pueden determinar la ley por la que se regirá la prelación o deben satisfacer los requisitos de varias jurisdicciones para asegurarse esa prelación.

“Con excepción de los supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención”

163. Las palabras iniciales del artículo 24 tienen por objeto lograr que el artículo se aplique únicamente a las cuestiones no reguladas por medio de una norma de derecho sustantivo del proyecto de convención. Por ejemplo, la eficacia general de la cesión de créditos futuros o la notificación de la cesión se tratan en el artículo 9; la cuestión de si, en el caso de créditos nacidos o exigibles después de iniciado un procedimiento de insolvencia con respecto al cedente, el cesionario tiene prelación se deja a la ley de la ubicación del cedente.

Como consecuencia, una cesión de un crédito inexistente en el momento de la notificación será eficaz entre el cedente y el cesionario. De igual modo, una cesión será eficaz frente al deudor, incluso cuando no haya habido notificación y, si la ley nacional la requiere por razones de prelación, habrá que darla con arreglo al proyecto de convención (por consiguiente, podrá referirse a créditos inexistentes en el momento de la notificación, aunque la ley nacional no permita la notificación con respecto a esos créditos). Además, una cesión será eficaz a falta de inscripción (aunque la ley nacional haga de la inscripción en un registro una condición de eficacia y requiera la descripción del crédito cedido). No obstante, la prelación se determinará sobre la base de la inscripción en el registro, si la ley de la ubicación del cedente así lo establece (la cuestión de si el crédito deberá ser descrito a fin de obtener prelación mediante el registro se deja a la ley de la ubicación del cedente). Las cuestiones de la validez formal (por ejemplo, si se requiere que la cesión se haga por escrito, se notifique o se inscriba en un registro para que sea eficaz *inter partes*) se dejan a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (véase en el párrafo 82 una sugerencia de la Secretaría para abordar esa cuestión); ya que se trata de cuestiones de validez material distintas de las tratadas en los artículos 9 a 12.

“A reserva de lo dispuesto en sus artículos 25 y 26”

164. Las cuestiones mencionadas en el artículo 24 se refieren a la ley de la ubicación del cedente, a menos que una norma de esa ley sea manifiestamente contraria al orden público del foro o que, de acuerdo con la ley de éste, exista un derecho de máxima prelación. En el primer caso, se aplicará el criterio de la ley de la ubicación del cedente. En el segundo se dará prelación al derecho de máxima prelación que la tenga según la ley del foro. Tal vez desee la Comisión examinar si la aplicación del artículo 24 debería supeditarse también a la inexistencia de un acuerdo de renuncia a la prelación (artículo 27). Otra posibilidad es que la Comisión desee examinar si, teniendo en cuenta que el artículo 27 es una norma de derecho sustantivo, las palabras iniciales del artículo 24 (“Con excepción de ...”) son suficientes para abarcar las cuestiones reguladas en dicho artículo 27 (aunque el artículo 26 sea también una norma de derecho sustantivo y la aplicación del artículo 24 quede supeditada al artículo 26).

Alcance de un derecho y prelación de los créditos

165. El apartado a) del artículo 24 traza una distinción clara entre prelación y alcance de los derechos del cesionario. Las palabras “el alcance del derecho” tienen por objeto reflejar si se trata de una cesión a título de garantía o de una cesión incondicional, y la naturaleza *in rem* o *ad personam* frente a terceros (los efectos de propiedad de una cesión entre el cedente y el cesionario se regulan en el artículo 9). La prelación, por otra parte, se ocupa de la cuestión de quién será pagado antes. En un conflicto entre un reclamante con prelación que tenga un derecho personal y un reclamante con un derecho *in rem*, prevalecerá el reclamante con prelación. Sin embargo, en caso de insolvencia, ese reclamante que prevalece sería pagado *pari passu* con otros acreedores con derechos personales, en tanto que, si tuviera un derecho *in rem*, sería pagado antes de esos acreedores.

Conflictos entre los cesionarios en el caso de cesiones por duplicado

166. Los conflictos entre cesionarios de los mismos créditos por el mismo cedente surgen en el caso de “cesiones por duplicado”. Esas cesiones son práctica normal en el caso de las cesiones a título de garantía, en que los mismos créditos se ofrecen a diferentes prestamistas como garantía de diversas cuantías de crédito. Sin embargo, las cesiones incondicionales por duplicado pueden constituir un acto fraudulento o injustificable. Aunque el fraude pueda darse rara vez, son frecuentes el simple descuido por parte del cedente o la ignorancia de las consecuencias jurídicas de una cesión anterior. Ejemplo típico es la cesión a un financiero que compra créditos a cambio de capital circulante, y a un financiero que compra existencias o a un proveedor de materiales a crédito con reserva de dominio u otra garantía real hasta el pago íntegro del precio de las existencias o de los materiales. En ese caso, el conflicto puede ser entre una cesión en bloque (una cesión de todos los créditos presentes y futuros) al financiero que compra créditos y una cesión al financiero que compra existencias o el proveedor del producto de la venta de las existencias y los materiales.

Conflictos entre cesionarios comprendidos en la convención y no comprendidos en ella

167. El inciso i) del apartado a) del artículo 24 dispone expresamente que un conflicto entre un cesionario comprendido en la convención y otro no comprendido (por ejemplo, entre un cesionario nacional y un cesionario extranjero de créditos nacionales) quedará también comprendido (sin embargo, no quedará comprendido el conflicto entre un cesionario de un Estado Contratante y otro de un Estado no contratante). Ese método excluye los efectos inconvenientes en la ley y la práctica nacionales. De hecho, una de las razones por las que el Grupo de Trabajo decidió convertir las normas de prelación en normas de derecho internacional privado fue que esas normas no afectarían de forma perjudicial a las prácticas nacionales. El proyecto de convención no da prelación a un cesionario extranjero sobre un cesionario nacional. Simplemente remite los conflictos de prelación a la ley de la ubicación del cedente. Con una posible excepción (véase el párr. 20), esa ley sería la ley cuyos requisitos tendría que cumplir el cesionario nacional de un crédito nacional para obtener la prelación, se aplique o no el proyecto de convención.

Conflictos con los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia

168. Un acreedor del cedente o el administrador de la insolvencia pueden tener un derecho concurrente con el del cesionario si, después de la cesión, ese acreedor logra una sentencia judicial que atribuya los créditos al cedente (si la cesión se hace después de la atribución o del comienzo de un procedimiento de insolvencia no habrá conflicto; todo derecho que el cesionario pueda tener quedará subordinado a los derechos de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia). Si la prioridad se basa en el momento de la cesión, el hecho de que la cesión se haga antes de la atribución o del comienzo del procedimiento de insolvencia será suficiente para determinar que los créditos son independientes del patrimonio del cedente (si se trata de una cesión incondicional) o que el cesionario podrá ver satisfecha su reclamación con preferencia a los acreedores sin garantía (si se trata de una cesión a título de garantía). Sin embargo, si la prelación se determina sobre la base de la notificación del deudor o de la inscripción de determinados datos sobre la cesión en un registro público, el hecho de que la cesión se haga antes de la atribución o del comienzo del procedimiento de insolvencia no bastará a efectos de determinar la prelación. La notificación al deudor o la inscripción deberán producirse también antes de la atribución o del comienzo del procedimiento de insolvencia.

Insolvencia del cesionario o del deudor

169. Las cuestiones que surgen en el supuesto de insolvencia del cesionario quedan fuera del alcance del proyecto de convención y no se tratan en él, a menos que el cesionario haga una cesión ulterior y se convierta en cedente. El proyecto de convención no tiene por objeto ocuparse tampoco de las cuestiones surgidas en el contexto de la insolvencia del deudor. Se supone que el cesionario tendrá sobre los créditos los mismos derechos que tendría el cedente en el supuesto de esa insolvencia.

“El alcance del derecho ... y la prelación del derecho” sobre el producto

170. En armonía con el apartado a), el apartado b) dispone que la ley de la ubicación del cedente regirá el alcance de los derechos de las personas enumeradas *supra* y la prelación de esos derechos con respecto al producto. De conformidad con el apartado k) del artículo 6, el producto comprende tanto el producto de los créditos como el producto del producto. Por consiguiente, es posible que sea necesario suprimir las palabra “del crédito cedido”, a fin de no dar la impresión de que sólo el producto de los créditos queda comprendido en el apartado b) del artículo 24. Las palabras “el alcance del derecho” se refieren a la naturaleza *in rem* o *ad personam* de los derechos del cesionario sobre los créditos. Tal vez desee la Comisión examinar si la palabra “existencia”, que se añadió sin debate en el 31º período de sesiones del Grupo de Trabajo, debe mantenerse (véase el documento A/CN.9/466, párr. 212). Parecería que el apartado b) va más allá que el apartado a), en el sentido de que comprende, con respecto al producto, cuestiones que el proyecto de convención no trata ni siquiera con respecto a los créditos, concretamente la validez sustantiva en todos sus aspectos y las cuestiones

de validez formal. Si se mantiene inalterado el apartado b) del artículo 24, puede ser necesario revisar el título del artículo.

Existencia y alcance de los derechos sobre créditos que son producto de otros bienes

171. El alcance y la prelación de esos derechos sobre créditos que son producto de otros créditos quedan sometidos a la ley de la ubicación del cedente en virtud del inciso i) del apartado a) del artículo 24, si esos derechos se crean por acuerdo, o en virtud del inciso ii) del mismo apartado y artículo, si esos derechos se crean por efecto de la ley. Si la Comisión decide mantener la referencia a la “existencia” de esos derechos, quizá desee refundir el apartado c) con el inciso ii) del apartado a), o suprimir por completo el apartado c) e incluir una aclaración de la cuestión en el comentario (sobre el significado de las palabras “el alcance del derecho”, véase el párr. 165).

Ley aplicable

172. Apartándose del criterio tradicionalmente seguido en muchos ordenamientos jurídicos, que somete las cuestiones de prelación a la *lex situs* del crédito (la ley del país donde debe efectuarse el pago o donde se encuentra el deudor), el Grupo de Trabajo decidió someter las cuestiones de prelación a la ley de la ubicación del cedente. Adoptó este sistema, considerando que la norma tradicional no se considera ya viable ni eficiente. En el caso cada vez más común de una cesión en bloque de créditos presentes y futuros, la aplicación de la ley del *situs* del crédito no determina una sola ley. Expone además a los posibles cesionarios a la carga de tener que determinar por separado el *situs* teórico de cada crédito. La aplicación de la ley que rige el crédito o la elegida por las partes tiene consecuencias similares. Diferentes normas de prelación regirían la prelación con respecto a los diversos créditos confundidos en una masa indiferenciada y, en el caso de créditos futuros, las partes no podrían determinar con certeza la ley aplicable a la prelación, factor que puede frustrar una operación o, por lo menos, aumentar el costo del crédito. La aplicación de la ley elegida por el cedente y el cesionario podría, en particular, permitir que el primero, actuando en colusión con un reclamante para obtener un beneficio especial, determinara la prelación entre varios reclamantes. Además, la ley elegida por las partes sería completamente inviable en el caso de varias cesiones de los mismos créditos efectuadas por el mismo o por distintos cesionarios, ya que podrían aplicarse diferentes leyes a los mismos conflictos de prelación.

173. Aunque el Grupo de Trabajo decidió apartarse del criterio tradicional para atender a las prácticas más comunes que entrañan cesiones en bloque de todos los créditos presentes y futuros, decidió también no hacer ninguna excepción para las cesiones de créditos existentes, singulares y de alto valor. Se estimó en general que introducir una norma de prelación diferente con respecto a la cesión de esos créditos disminuiría la certeza lograda en el artículo 24. Además, sería muy difícil definir claramente “créditos de alto valor”. Por otra parte, en una cesión en bloque que contuviese créditos tanto de “alto valor” como de “bajo valor”, la prelación quedaría sometida a leyes diferentes.

174. Teniendo en cuenta que, en el supuesto de más de un establecimiento, la ubicación se define por referencia al lugar de la administración central de una persona jurídica, la aplicación de la ley de ubicación del cedente tendrá como consecuencia la aplicación de la ley de una sola jurisdicción, que podrá determinarse fácilmente en el momento de la cesión. Eliminará, pues, las dificultades mencionadas. En particular, la ubicación del cedente como elemento de conexión presenta la ventaja de que ofrece un solo punto de referencia; puede determinarse en el momento de la cesión, aunque se trate de una cesión en bloque de créditos futuros; será apropiada incluso en los ordenamientos jurídicos en que se practique que el registro; y se traducirá en la aplicación de la ley de la jurisdicción en que será más probable que se inicie cualquier procedimiento principal de insolvencia con respecto al cedente. Este último aspecto de la aplicación de la ley de la ubicación del cedente es esencial, ya que regula apropiadamente la cuestión de las relaciones entre el proyecto de convención y la ley de insolvencia aplicable.

175. Con respecto a la insolvencia, lo importante en el artículo 24 es que garantiza que, en la mayoría de los supuestos, la ley por la que se rija la prelación con arreglo a ese artículo y la ley por la que se rija la insolvencia del cedente sean leyes de una misma jurisdicción (la jurisdicción principal del cedente). En esa situación, todo conflicto entre el proyecto de convención y la ley de insolvencia aplicable se resolverá por las normas jurídicas de dicha jurisdicción. En todos los demás casos en que se inicie un procedimiento de insolvencia con respecto a los bienes y asuntos del cedente en un Estado distinto del de la jurisdicción principal de éste (por ejemplo, una jurisdicción en la que el cedente tenga bienes), el proyecto de convención permitirá la aplicación de normas jurídicas que reflejen la política de orden público del Estado en que se dirima la controversia (artículo 25). Otros derechos especiales de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia no se verán afectados (véase el párr. 182).

176. Tal vez desee la Comisión examinar si la aplicación de la ley de la ubicación del cedente a las cuestiones de prelación sería apropiada en el caso de créditos nacidos de cuentas de depósito, valores o mercancías. En esas prácticas, las cuestiones de prelación se someten normalmente a la ley de la ubicación del proveedor de servicios financieros. Introducir una norma de prelación diferente con respecto a ellas podría estar de acuerdo con las expectativas normales de las partes. En cambio, ese método introduciría al menos incertidumbre, en el sentido de que las partes, para determinar la norma de prelación aplicable, tendrían que averiguar la fuente de los créditos cedidos, lo que no sería posible con respecto a los créditos futuros y sólo con cierto costo con respecto a los cedidos en bloque.

Limitaciones de las normas jurídicas aplicables

177. Como disposición de derecho internacional privado, el artículo 24 no resuelve conflictos de prelación; simplemente los somete a la ley de la ubicación del cedente. Si, de conformidad con esta ley, la prelación se basa en el momento de la cesión, el cesionario que examine la posibilidad de financiar ciertos créditos tendrá que confiar en declaraciones del cedente y posiblemente en las de otras partes, o en la información disponible en un mercado determinado. Si la ley aplicable determina la prelación sobre la base de la prioridad de notificación del deudor, un futuro cesionario tendrá que confiar también en las declaraciones del cedente y del deudor, así como en la información disponible de otras fuentes. En esas jurisdicciones, la prelación con respecto a los créditos futuros no podrá determinarse en el momento de la cesión (en ese momento no se conoce la identidad de los deudores), y la prioridad con respecto a los créditos cedidos en bloque sólo podrá determinarse al costo adicional de notificar a todos los deudores. Si en cambio, con arreglo a la ley aplicable, la prioridad se determina haciendo que ciertos datos se inscriban en un registro público, además de las declaraciones del cedente o de otras partes, los posibles cesionarios podrán confiar en ese registro. Además, los cesionarios que inscriban los datos exigidos tendrán una forma objetiva de adquirir prelación (sobre otras limitaciones de la aplicación de las normas de prelación del proyecto de convención, véanse los párrs. 177 a 180).

Momento pertinente para determinar la ubicación del cedente

178. Para que se aplique el proyecto de convención, incluido el artículo 24, el cedente tiene que estar situado en un Estado Contratante en el momento de la celebración del contrato de cesión. Este método aumenta la previsibilidad de la aplicación del proyecto de convención y facilita las decisiones sobre la realización de una operación y la determinación de su costo. Sin embargo, si el cedente hace una cesión en un país y otra cesión en otro país al que se traslade, el proyecto de convención puede no ser aplicable en la nueva ubicación del cedente, si ésta no se encuentra en un Estado Contratante (el artículo 24 a) i) no tiene por objeto tratar esos casos) y, aunque se aplique el proyecto de convención, la del artículo 24 será problemática, ya que habrá dos leyes de la ubicación del cedente. Por consiguiente, quizá desee la Comisión examinar si, en el caso de cambio de la ubicación del cedente o del crédito, debiera introducirse un período de gracia, durante el cual el cesionario con prelación con arreglo a la ley de la ubicación inicial no perdiera esa prelación. Este método garantizaría que los derechos de los reclamantes en la nueva ubicación no quedaran siempre sometidos a los de los reclamantes de otras jurisdicciones. Esa norma transitoria sería necesaria, ya que, dado el ritmo actual de las fusiones, el

traslado del lugar de la administración central de una entidad puede no ser infrecuente. Tratar la cuestión del cambio de ubicación resultará necesario, en particular, si la ubicación de una entidad se define por referencia al lugar en que se registre el crédito. Trasladar créditos es indudablemente más sencillo que trasladar el lugar de la administración central.

Artículo 25. Orden público y derechos preferentes

1) Un tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley del Estado en donde esté situado el cedente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

2) En el procedimiento de insolvencia abierto en un Estado que no sea aquél en donde esté situado el cedente, todo derecho preferente con arreglo al derecho interno del Estado del foro, y cuya prelación sobre los derechos de un cesionario haya sido reconocida en un procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho interno de ese Estado, gozará efectivamente de dicha prelación pese a lo dispuesto en el artículo 24. Todo Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en la que indique cuáles son esos derechos preferentes.

Referencias

A/CN.9/434, párrs. 216 a 237

A/CN.9/445, párrs. 41 a 44

A/CN.9/455, párrs. 35 a 40

A/CN.9/456, párrs. 214 a 222

A/CN.9/466, párrs. 36 a 41

Comentario

Orden público

179. La política que subyace en el artículo 25 es encontrar un equilibrio entre la necesidad de garantizar la certidumbre en cuanto a la aplicación de la ley de la ubicación del cedente y la de preservar las decisiones de política fundamentales de la ley del foro. En consecuencia, el párrafo 1) reconoce el derecho de un tribunal u otra autoridad, en el contexto de la insolvencia o fuera de ese contexto, a denegar la aplicación de una disposición de la ley de la ubicación del cedente y, al mismo tiempo, limita ese derecho a los supuestos en que esa disposición sea “manifiestamente contraria” al orden público del Estado del foro. El orden público a que se refiere el párrafo 1) es el orden público internacional del Estado del foro. La remisión a ese orden público tiene únicamente un efecto negativo, en el sentido de que puede frustrar la aplicación de una disposición de la ley aplicable conforme al artículo 24 que sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro (por ejemplo, una regla que dé prelación a un Estado extranjero en materia impositiva). Como consecuencia, determinada persona podrá no ser tenida en cuenta al determinar la prelación, y ésta se determinará por otras disposiciones de la ley aplicable.

180. Para que se deniegue la aplicación de una regla de prelación de conformidad con el párrafo 1), debe ser “manifiestamente contraria” al orden público del Estado del foro. Se supone que se trata de dos jurisdicciones (es decir, que el foro se encuentra en un Estado distinto del de la ubicación del cedente). Si se trata sólo de una jurisdicción, sus reglas resolverán la cuestión. La noción de “manifiestamente contraria” se utiliza en los textos internacionales para matizar el orden público (véanse, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, el artículo 16 del Convenio de Roma y el artículo 18 de la Convención de México, D.F.). La finalidad de ese condicionamiento es subrayar que las excepciones de orden público deben interpretarse restrictivamente y que el párrafo 1) sólo debe invocarse en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado del foro. De no ser así, la certidumbre lograda por el artículo 24 podría verse gravemente comprometida, resultado que ejercería un efecto

negativo sobre la disponibilidad y el costo de la financiación mediante créditos (la expresión “manifiestamente contraria” se utiliza también en el artículo 32: véase el párr. 199).

181. Como queda dicho, el orden público del artículo 25 puede no tener un efecto positivo; puede no tener por consecuencia una aplicación positiva de una norma de prelación del Estado del foro que refleje el orden público (por ejemplo, una que otorgue prelación a los empleados en el Estado del foro). Por esa razón, el párrafo 2) permite expresamente al Estado del foro aplicar sus propias normas, en el caso de que una norma de prelación aplicable conforme a los párrafos 1) y 2) sea manifiestamente contraria al orden público del foro, y dar prelación a derechos de máxima prioridad que reflejen la política de orden público del foro (por ejemplo, las reclamaciones impositivas del Estado o las de sueldos de los funcionarios), pero no los derechos de garantía nacidos de un contrato ni otros derechos de propiedad reconocidos en una sentencia judicial). El párrafo 2) va más allá. Permite a un Estado (aunque no lo obligue a ello) enumerar en una declaración los derechos de máxima prioridad que prevalecerán sobre los derechos de un cesionario conforme al proyecto de convención. Esta posibilidad de hacer declaraciones tiene por objeto reforzar la certidumbre, en cuanto prevé un mecanismo para que los cesionarios sepan qué derechos de máxima prelación prevalecerán sobre los suyos. Tal vez desee la Comisión volver a examinar la utilización del término “preferente” (que puede ser más amplio de lo que se pretende y confundirse con la prelación normal, definida en el apartado h) del artículo 6 como preferencia).

Derechos especiales de insolvencia

182. El artículo 25 no se refiere a los derechos especiales de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia que puedan prevalecer sobre los derechos de un cesionario con arreglo a la ley por la que se rija la insolvencia. La razón es que la prioridad establecida en el proyecto de convención no pretende afectar a esos derechos especiales. Entre esos derechos especiales figuran, sin limitarse a ellos, los de los acreedores del cedente a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para evitar o quitar de otro modo eficacia, a una cesión, como transferencia fraudulenta o preferencial. Figuran también los derechos del administrador de la insolvencia: a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para evitar o quitar de otro modo eficacia, a una cesión como transferencia fraudulenta o preferencial; a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para anular o quitar de otro modo eficacia, a una cesión de créditos que no hayan nacido aún en el momento del inicio del procedimiento de insolvencia; a cargar sobre los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia en el cumplimiento de contrato de origen, o a cargar sobre los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia para mantener, conservar o ejecutar los créditos a solicitud y en beneficio del cesionario. Cuando los créditos cedidos constituyen una garantía de lo adeudado o de otras obligaciones, figuran entre los derechos especiales protegidos los derechos que existan conforme a las normas sobre insolvencia o a los procedimientos que rijan en general la insolvencia del cedente que permiten al administrador gravar los créditos cedidos; disponen una suspensión del derecho de determinados cesionarios o acreedores del cedente a cobrar los créditos durante el procedimiento de insolvencia; permiten la sustitución de los créditos cedidos por nuevos créditos de un valor por lo menos igual; o disponen que el administrador de la insolvencia tenga derecho a utilizar los créditos cedidos como garantía en la medida en que su valor exceda de las obligaciones garantizadas.

Artículo 26. Régimen especial aplicable al producto

- 1) Si el cesionario recibe el producto del crédito cedido, podrá retenerlo en la medida en que su derecho sobre el crédito cedido goce de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre los créditos cedidos de las personas descritas en el apartado a) i) a iii) del artículo 24.
- 2) Si el cedente recibe el producto del crédito cedido, el derecho del cesionario sobre ese producto gozará de prelación sobre los derechos concurrentes sobre ese mismo producto de las personas descritas en el apartado a) i) a iii) del artículo 24 en la medida en que el derecho del cesionario goce de prioridad sobre el derecho de esas personas sobre el crédito cedido si:

a) el cedente recibió el producto con instrucciones del cesionario de conservarlo en beneficio del cesionario; y

b) el cedente conservó el producto en beneficio del cesionario en lugar aparte y de forma que se pudiera distinguir razonablemente de los bienes del cedente, como en el caso de una cuenta de depósito independiente exclusivamente reservada al producto en metálico de los créditos cedidos al cesionario.

Referencias

A/CN.9/447, párrs. 63 a 68
A/CN.9/456, párrs. 160 a 167

A/CN.9/466, párrs. 42 a 53

Comentario

183. El artículo 26 tiene por objeto introducir una norma de prelación limitada de derecho sustantivo con respecto al producto. El producto incluye el producto del producto (por consiguiente, quizá sea necesario suprimir las palabras “del crédito cedido”), pero no las mercancías restituidas (entre el cedente y el cesionario, los derechos sobre el producto y las mercancías restituidas se regulan en el artículo 16 1) c)).

Producto recibido por el cesionario

184. Conforme al párrafo 1), el cesionario puede retener todo producto que reciba (en otras palabras, tiene un derecho *in rem*), si goza de prelación con respecto al crédito cedido. La limitación implícita, que puede ser necesario declarar expresamente (como en el artículo 16 3)), es que el cesionario no puede retener más que el valor de su crédito. Sin embargo, el párrafo 1) puede hacer que inadvertidamente se conceda a un cesionario prelación con respecto al producto del producto aunque otra persona tenga prelación con respecto al producto del crédito cedido con arreglo a la ley de la ubicación del cedente. Por ejemplo, si el deudor paga al cedente con un cheque, el cedente deposita el cheque en su cuenta bancaria y paga luego al cesionario, de conformidad con el párrafo 1), el primer cesionario tendrá derecho a retener el efectivo (producto del producto) aunque la institución depositaria tenga prelación sobre el saldo de la cuenta de depósito (producto del crédito cedido). El mismo resultado inconveniente puede darse si el cedente recibe el pago por medio de una garantía (por ejemplo, un bono), se endosa la garantía a un segundo cesionario y se paga luego su producto al primer cesionario. Éste podría retener el producto del producto, aunque el segundo cesionario gozaría normalmente de prelación con respecto al producto del crédito cedido de conformidad con la ley de ubicación del cedente. Por consiguiente, quizá desee la Comisión introducir un texto en el artículo 26 que garantice que el derecho de un cesionario sobre el producto del producto no afectará a los derechos de otra persona sobre el producto del crédito cedido de conformidad con la citada ley.

Producto recibido por el cedente

185. De conformidad con el párrafo 2), el cesionario goza de prelación con respecto al producto recibido por el cedente, si la tiene con respecto al crédito cedido y si el cedente recibe el pago por cuenta del cesionario y conserva ese producto con separación de sus propios bienes. Esta disposición limitada tiene por objeto facilitar prácticas, como el descuento oculto de facturas y la bursatilización, en la medida en que esa prelación aumentará la certeza en cuanto al pago al cesionario, en particular en el supuesto de insolvencia. Tal vez desee la Comisión examinar si el párrafo 2) resulta suficiente para lograr sus objetivos, ya que no remite claramente el alcance de un derecho (es decir, su naturaleza *in rem* o *ad personam*) a la ley de la ubicación del cedente, como hace el artículo 24 (la naturaleza *in rem* y la prelación de un derecho son cuestiones distintas; véase el párr. 165).

Artículo 27. Renuncia a la prelación

Todo cesionario que goce de prelación podrá en cualquier momento renunciar unilateralmente o por acuerdo a su prelación en favor de otro u otros cesionarios existentes o futuros.

Referencias

A/CN.9/445, párr. 29 A/CN.9/456, párr. 210
A/CN.9/455, párr. 31

Comentario

186. El artículo 27 tiene por objeto reconocer el interés de las partes que intervienen en un conflicto en negociar y renunciar a la prelación en favor de un reclamante subordinado, cuando lo justifican consideraciones comerciales. A fin de permitir la máxima flexibilidad y de reflejar las prácticas comerciales dominantes, el artículo 27 aclara que una renuncia válida tendrá que adoptar la forma de un acuerdo directo entre el cesionario que goce de prelación y el beneficiario del acuerdo de renuncia. Podrá realizarse también unilateralmente, por ejemplo mediante un compromiso del cesionario de primer orden con el cedente (ya sea en el contrato de cesión o en un acuerdo independiente, por escrito o verbal), que faculte al cedente para hacer una segunda cesión con prelación de primer orden. El término “unilateralmente” tiene por objeto también aclarar que el beneficiario de la renuncia (el segundo cesionario) no necesita ofrecer una compensación a cambio de la prelación concedida mediante una renuncia unilateral. Además, el artículo 27 aclara que una renuncia eficaz no necesita identificar específicamente al beneficiario o los beneficiarios a que se destina (“otros cesionarios existentes o futuros”) y puede redactarse en términos genéricos. Esa renuncia unilateral se puede producir en una cesión entre entidades del mismo consorcio o puede ser un servicio ofrecido por un prestamista a un prestatario por razones comerciales.

CAPÍTULO V. CONFLICTOS DE LEYES

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 185 a 187 A/CN.9/455, párrs. 67 a 73
A/CN.9/445, párrs. 52 a 55 A/CN.9/466, párrs. 145 a 149

Alcance y finalidad del capítulo V

Comentario

187. El capítulo V tiene objeto fin exponer algunos principios generales ampliamente adoptados pero no reconocidos en todos los sistemas jurídicos. No abriga el propósito de ocuparse de manera exhaustiva de todas las cuestiones relacionadas con la cesión, ni de desplazar o contradecir ningún texto jurídico vigente. Los artículos 28, 29, 31 y 32 reflejan principios generalmente aceptados (por ejemplo, la Convención de México, D.F. o el artículo 12 del Convenio de Roma, con excepción del requisito de la elección expresa del artículo 28 1) y de la presunción *juris tantum* a favor de la ubicación del cedente, del artículo 28 2)). El hecho de que esos principios puedan haber sido ya aceptados en el derecho de algunos Estados no disminuye su utilidad para otros. Además, a falta de esas disposiciones, quedaría una gran incertidumbre con respecto a la ley aplicable a todas las cuestiones que, por necesidad, se dejan a una ley distinta del proyecto de convención (véase en el párr. 79 una lista no exhaustiva de esas cuestiones).

188. El artículo 30, que tiene por objeto extender la aplicación de los principios incorporados en los artículos 24 a 26 a las operaciones que quedan fuera del ámbito de aplicación del proyecto de convención, introduce normas innovadoras para tratar una cuestión no regulada de manera clara o apropiada en la legislación

vigente. A este respecto, el Grupo de Trabajo examinó detenidamente el artículo 12 del Convenio de Roma y llegó a la conclusión de que, en vista de la incertidumbre sobre ese artículo abarca las cuestiones de prelación y, en caso afirmativo, cuál es la ley aplicable, era necesario tratar la cuestión en el proyecto de convención. La premisa básica del artículo 30, es decir, que las cuestiones de prelación deben remitirse a la ley de la ubicación del cedente, se ha adoptado por consenso en los artículos 24 a 26. La cuestión pendiente se refiere al alcance exacto de esa norma. Aunque el capítulo V parece ser más o menos aceptable en sustancia, algunos Estados tienen al parecer objeciones por razones generales de política legislativa (relativas, por ejemplo, a si es acertado incluir normas generales de derecho internacional privado en un texto principalmente de derecho sustantivo, si la CNUDMI es el órgano apropiado para preparar normas de derecho internacional privado o si esa cuestión debiera dejarse a otras organizaciones internacionales o regionales). A fin de atender esas preocupaciones de política, se permite optar por la exclusión del capítulo V. Sin embargo, la supresión de ese capítulo o la limitación de su alcance reduciría las ventajas que pueden obtener los Estados que lo necesiten, sin dar protección adicional a los que no lo necesiten. De igual modo, someter el capítulo V al requisito de una adhesión expresa podría limitar sin buscarlo su ámbito de aplicación, ya que el método de exigir la adopción expresa podría desalentar a los Estados.

189. Como cuestión de redacción, tal vez desee examinar la Comisión si el artículo 1 3), que especifica el ámbito del capítulo V y prevé su exclusión por los Estados, debiera colocarse al comienzo del capítulo, junto con una disposición que tratase de la jerarquía entre las disposiciones de derecho sustantivo y las de derecho internacional privado del proyecto de convención (véase el párr. 22). Tal vez desee también la Comisión examinar si el título del capítulo V debiera revisarse a fin de que dijera, por ejemplo: “Otras normas de conflicto de leyes” (los artículos 24 a 26 son también normas de conflicto de leyes). Otra posibilidad sería que la Comisión quisiera reunir todas las normas de conflicto de leyes en un capítulo. Si se adoptara este método, podría suprimirse el artículo 30, y debería ser posible excluir los artículos 24 a 26, pero sólo en la medida en que se aplicaran con independencia de si el cedente estuviera situado en un Estado Contratante.

Artículo 28. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario

- 1) [Con excepción de los supuestos que estén regulados en la presente Convención,] los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario dimanantes del contrato de cesión se regirán por la ley expresamente elegida por el cedente y el cesionario.
- 2) A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario sus derechos y obligaciones dimanantes del contrato de cesión se regirán por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado. A falta de prueba en contrario, se presumirá que el Estado con el que el contrato de cesión está más estrechamente vinculado es el Estado en el que el cedente tiene su establecimiento. En caso de que el cedente tenga más de un establecimiento, deberá hacerse referencia al que esté más estrechamente vinculado con el contrato. Si el cedente no tiene establecimiento, deberá hacerse referencia a su residencia habitual.
- 3) En caso de que el contrato de cesión sólo esté vinculado con un Estado, el hecho de que el cedente y el cesionario hayan elegido la ley de otro Estado no será óbice para la aplicación de la ley del Estado con el que está vinculada la cesión si dicha ley no puede eludirse por vía contractual.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 188 a 196
A/CN.9/445, párrs. 52 a 74

A/CN.9/455, párrs. 67 a 119
A/CN.9/466, párrs. 150 a 153

190. El artículo 28 tiene por objeto reflejar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a la ley aplicable al contrato de cesión (recogido en el artículo 12 del Convenio de Roma y en el

artículo 7 de la Convención de México, D.F.). Aunque esté ampliamente reconocido, ese principio no es de aceptación general. En espera de que la Comisión decida el ámbito exacto del capítulo V, las palabras iniciales del artículo 28 aparecen entre corchetes (si se aprueba la sugerencia hecha por la Secretaría en el párrafo 23, se podría suprimir esas palabras). El párrafo 1) dispone que la elección de la ley debe ser expresa. El Grupo de Trabajo reconoció que una elección implícita armonizaría con las tendencias actuales del derecho internacional privado (véanse los artículos 3 1) del Convenio de Roma y 7 de la Convención de México, D.F.). Sin embargo, se estimó en general que debía exigirse una elección expresa en el caso de las operaciones de financiación, en las que la certidumbre era de la máxima importancia y podía determinar si la operación se realizaría y a qué costo. Tal vez desee la Comisión examinar esta cuestión. Parecería que hacer efectiva una elección de la ley que pudiera “deducirse claramente del contrato” no comprometería gravemente la certidumbre y haría el artículo 28 más aceptable para algunos Estados.

191. Con arreglo al párrafo 1), la ley del contrato rige los aspectos puramente contractuales del contrato de cesión (por ejemplo, la conclusión y la validez sustantiva, la interpretación de sus términos, la obligación del cesionario de pagar el precio o de entregar el crédito prometido, la existencia y los efectos de las declaraciones implícitas en cuanto a la validez y la exigibilidad de la deuda). El párrafo 1), sin embargo, no pretende abarcar los aspectos de validez sustancial de que se ocupa el proyecto de convención con respecto a las cesiones que quedan comprendidas en su ámbito (esta es la finalidad de las palabras iniciales), ni otros aspectos de validez sustantiva, como la capacidad o la facultad para actuar. La cuestión es importante porque, en algunos países, la capacidad para realizar una cesión en bloque se limita a las sociedades o a las cesiones realizadas en el ejercicio de las actividades profesionales del cedente. No resulta suficientemente claro si el artículo 9 prevalecería sobre esas prohibiciones legales relativas a la capacidad. Tampoco resulta claro qué ley se aplicaría a esas prohibiciones legales. Aunque la mayoría de las cesiones comprendidas en el proyecto de convención se harían por los cedentes en el ámbito de sus actividades profesionales, no tratar esa cuestión deja un resto de incertidumbre (véase en el párr. 196 una sugerencia de la Secretaría para tratar la cuestión de la ley aplicable a la transferibilidad legal). El párrafo 1) no pretende tampoco abarcar el contrato de financiación, si el contrato de cesión es sólo una cláusula de aquél, a menos que las partes convengan lo contrario. Además, no abarca los aspectos de propiedad de la cesión (por esta razón se hace referencia al “contrato de cesión” como distinto de la “cesión” misma; sobre esta distinción, véanse los párrs. 24 y 25). El Grupo de Trabajo convino en que no sería adecuado someter la transferencia de los derechos de propiedad a la ley del contrato. Con respecto a las cesiones no comprendidas en el ámbito del proyecto de convención, esos aspectos de propiedad se rigen, en gran medida, por las disposiciones del proyecto de convención no incluidas en el capítulo V.

192. El párrafo 2) tiene por objeto tratar de las situaciones excepcionales en las que las partes no hayan convenido expresamente en la ley aplicable al contrato de cesión o en que la hayan convenido pero su acuerdo resulte luego inválido. Se remite al criterio de la vinculación más estrecha, lo que puede tener como consecuencia la aplicación de la ley de la ubicación del cedente (por ejemplo, en el caso de una cesión a título de venta) o de la ley de la ubicación del cesionario (por ejemplo, en una cesión a título de garantía efectuada en el contexto de una operación de crédito). En un intento de combinar flexibilidad y certeza, el párrafo 2) introduce una presunción simple de que la ley del Estado con la vinculación más estrecha con el contrato es la de la ubicación del cedente. La ubicación significa en este contexto el establecimiento. Dado el reducido ámbito de aplicación del párrafo 2), el Grupo de Trabajo pensó que esa referencia al establecimiento no socavaría la certeza necesaria en las operaciones de financiación. Al crear una presunción específica a favor de la ley de la ubicación del cedente, el artículo 28 no entra necesariamente en conflicto con la práctica seguida en otros textos de derecho internacional privado que se remiten, por ejemplo, al lugar en que la parte que haya de realizar la actuación característica tenga su residencia habitual o establecimiento (artículo 4 2) del Convenio de Roma) o a “todos los elementos subjetivos y objetivos que se desprendan del contrato” (artículo 9 de la Convención de México, D.F.). Esos conflictos podrían surgir en los supuestos en que la aplicación del criterio de la actuación característica no diera lugar a una presunción a favor de la ley de la ubicación del cedente. Sin embargo, en las operaciones de financiación complejas, en que intervienen el pago de numerario y la prestación de servicios u obligaciones recíprocas, el criterio de la actuación característica puede no ser tan eficaz para determinar la ley

más estrechamente relacionada de una forma realista. En cualquier caso, las partes puede elegir la ley aplicable. Además, la presunción puede refutarse si las circunstancias indican que el contrato está vinculado más estrechamente con otro país.

193. El párrafo 3) tiene por objeto restringir la autonomía de la voluntad de las partes a un contrato puramente nacional que no puede apartarse de las normas imperativas de la ley del Estado con que esté vinculado. Si el contrato no es puramente nacional, las restricciones a esa autonomía se encuentran en los artículos 31 y 32. Si el capítulo V se aplicara a las cesiones internacionales o las cesiones de créditos internacionales definidas en el capítulo I, el ámbito de esta norma se limitaría a los supuestos en que la cesión nacional de un crédito también nacional quedara dentro del ámbito del proyecto de convención (por ejemplo, en el de una cesión subsiguiente en una cadena de cesiones en la que la primera se rija por el proyecto de convención. Aunque el capítulo V se aplique con independencia del capítulo I, su alcance quedaría limitado, ya que siempre habría necesidad de un elemento internacional para que se produjera siquiera la aplicación de disposiciones de derecho internacional privado. Ese elemento internacional podría referirse al contrato de cesión como tal o al crédito cedido. Tal vez desee examinar la Comisión si esta cuestión debiera aclararse expresamente en el párrafo 3) (por ejemplo, el artículo 3 3) del Convenio de Roma no se refiere sólo al “contrato” sino a “todos los elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección de una ley extranjera”). Tal vez desee la Comisión examinar si el párrafo 3) debiera referirse coherentemente a la vinculación entre un Estado y el contrato de cesión (y no la cesión).

Artículo 29. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor

[Con excepción de los supuestos que estén regulados en la presente Convención,] la ley por la que se rija el crédito cedido determinará la exigibilidad de las limitaciones contractuales sobre la cesión, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y toda cuestión relativa a si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones.

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 197 a 200
A/CN.9/445, párrs. 65 a 69

A/CN.9/455, párrs. 92 a 104 y 117
A/CN.9/466, párrs. 154 a 158

Comentario

194. De acuerdo con el enfoque de que una cesión no debe cambiar la situación jurídica del deudor, el artículo 29 remite las cuestiones planteadas en el contexto de las relaciones entre el cesionario y el deudor a la ley por la que se rija el crédito. Se trata de la ley del contrato de origen y no de la *lex situs* teórica de la deuda. Tal vez desee la Comisión aclarar expresamente esta cuestión en el artículo 29 (y en el artículo 1 2)). Este método se justificaría ya que, a diferencia del párrafo 2) del artículo 12 del Convenio de Roma en el que se inspira el artículo 29 y que puede aplicarse a derechos no contractuales, el artículo 29 comprende sólo los créditos contractuales. El Grupo de Trabajo decidió evitar especificar la forma de determinar la ley del contrato de origen. Se estimó en general que esas normas minuciosas no eran necesarias en un capítulo cuyo fin era establecer ciertas normas generales, sin ocuparse de todas las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con la cesión. En general se juzgó también que sería inadecuado tratar de determinar una ley que rigiese la amplia variedad de contratos que podían dar origen a un crédito (por ejemplo, contratos de compraventa, contratos de seguro o contratos relativos a operaciones en los mercados financieros). En espera de la decisión final de la Comisión sobre el alcance exacto del capítulo V, las palabras iniciales del artículo 29 aparecen entre corchetes (si se aprueba la sugerencia hecha por la Secretaría en el párrafo 23, se podría suprimirlas).

195. Parecería que el artículo 29 se aplica asimismo a la compensación de operaciones (es decir, a una reconvencción nacida del contrato de origen o de un contrato conexo), ya que una compensación de operaciones quedaría comprendida en “las relaciones entre el cesionario y el deudor” o “las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor”. Tal vez desee la Comisión aclarar la cuestión. Sin embargo, la compensación independiente (es decir, de reclamaciones nacidas de fuentes sin relación con el contrato de origen) no queda comprendida. Esas reclamaciones pueden surgir de fuentes diversas (por ejemplo, un contrato distinto entre el cedente y el deudor, una norma legal o una decisión judicial o arbitral). Su disponibilidad y las condiciones por las que se rija esa disponibilidad (por ejemplo, liquidez, moneda igual y vencimiento) se dejan a la otra ley. El Grupo de Trabajo examinó la ley por la que se regiría el contrato de origen o el contrato del que pudiera surgir un derecho contractual de compensación independiente, pero no pudo llegar a un consenso.

196. El artículo 29 comprende también la transferibilidad contractual, pero no legal, como cuestión relacionada con el pago del deudor y su liberación. Como consecuencia, en los casos en que los derechos y obligaciones del deudor se rijan por el proyecto de convención, la cesión será eficaz frente al deudor, aunque exista una limitación para ella en el contrato de origen (artículo 11 1)) y el deudor no tendrá una excepción frente al cesionario (artículo 20 3)). Si el proyecto de convención no se aplica con respecto al deudor, los efectos de una limitación contractual sobre las relaciones entre el cesionario y el deudor se dejan a la ley por que se rija el crédito. El término “exigibilidad” tiene por objeto reflejar tanto la eficacia de una limitación contractual entre las partes como frente a terceros (es decir, la validez *inter partes* y la eficacia *erga omnes*). Por razones de coherencia y a fin de evitar cuestiones de interpretación (el término “exigibilidad” parece excluir la noción de validez *inter partes*), tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de sustituir ese término por el de “eficacia”. Quizá desee volver a examinar la cuestión del derecho aplicable a la transferibilidad legal. Puede considerarse la ley de la ubicación del cedente o la ley por la que se rija el crédito. La restricción en cuanto a las normas imperativas o el orden público del foro sería suficiente para garantizar que la ley aplicable no se aplicara en los supuestos en que no debiera aplicarse (por ejemplo, la ley por que se rija el crédito puede no ser adecuada en el caso de las prohibiciones legales destinadas a proteger al cedente). El artículo 29 no remite las cuestiones de protección del consumidor a la ley de la ubicación del deudor. El artículo 31, que da al tribunal facultades discrecionales para aplicar toda regla imperativa del foro o una ley estrechamente vinculada, sería suficiente para mantener la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (sobre los créditos al consumo y la protección de los consumidores, véanse los párrs. 36, 100, 128, 152 y 160).

[Artículo 30. *Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes*

- 1) La ley del Estado en donde esté situado el cedente será la que establezca:
 - a) el alcance del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido y la prelación del derecho del cesionario respecto de los derechos concurrentes sobre el crédito cedido:
 - i) de otro cesionario del mismo crédito de un mismo cedente, aun cuando ese crédito no sea un crédito internacional y su cesión a este cesionario no sea internacional;
 - ii) de los acreedores del cedente; y
 - iii) del administrador de la insolvencia;
 - b) la existencia y el alcance de los derechos de las personas enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a) del presente párrafo sobre el producto del crédito cedido, y la prelación del derecho del cesionario sobre ese producto respecto de los derechos concurrentes de esas personas; y
 - c) si por disposición legal, un acreedor goza de algún derecho sobre el crédito cedido dimanante de sus derechos sobre otros bienes del cedente, y cuál es el alcance de ese derecho sobre el crédito cedido.

2) Un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de una disposición del derecho interno del Estado en donde esté situado el cedente únicamente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

3) En el procedimiento de insolvencia abierto en un Estado que no sea aquél en donde esté situado el cedente, todo derecho preferente con arreglo al derecho interno del Estado del foro, y cuya prelación sobre los derechos de un cesionario haya sido reconocida en un procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho interno de ese Estado, gozará efectivamente de dicha prelación pese a lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo. Todo Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en la que indique cuáles son esos derechos preferentes.]

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 70 a 74
A/CN.9/455, párrs. 105 a 110

A/CN.9/466, párrs. 159 y 160

Comentario

197. Como los artículos 31 y 32, el artículo 29 aparece entre corchetes a la espera de que el Grupo de Trabajo determine el alcance o la finalidad del capítulo V. El mantenimiento del artículo 30 sólo tiene sentido si el capítulo V se ha de aplicar a operaciones distintas de las comprendidas en el ámbito del proyecto de convención conforme al capítulo I. Si el capítulo V tiene el mismo ámbito de aplicación que las demás partes del proyecto de convención, el proyecto de artículo 30 repite normas reflejadas en los proyectos de artículos 24 a 27 y puede, por tanto, suprimirse. Si el capítulo V se ha de aplicar prescindiendo del capítulo I, habría que mantener el artículo 30. Además, puede ser preciso que el artículo 30 especifique que se aplicará también a los conflictos en que intervenga una cesión subsiguiente como si el cesionario subsiguiente fuese el inicial (este asunto se trata en el capítulo I, apartado b) de artículo 2). Además, puede suprimirse el párrafo 2) como superfluo, ya que el artículo 32 se ocupa de la cuestión que trata ese párrafo. Como norma de derecho internacional privado, el artículo 29 tiene la finalidad de aportar certeza con respecto a la ley aplicable a los conflictos de prelación. Esa certeza depende de que se haga remisión a la ley de una jurisdicción única y fácilmente determinable. La prelación se define en el inciso i) de artículo 5 como una preferencia (en el pago u otra forma de liberación) y el artículo 30 especifica las partes entre las que pueden plantearse esos conflictos. Dado que el deudor no es una de esas partes, la prelación no se relaciona con la liberación del deudor. Por consiguiente, no se puede pedir al deudor, que quede liberado conforme a la ley que rija el crédito que pague de nuevo a la parte con prelación conforme a la ley de la ubicación del cedente.

[Artículo 31. Reglas imperativas

1) Nada de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 restringe la aplicación de las reglas de la ley del foro en una situación en que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

2) Nada de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 restringe la aplicación de las reglas imperativas del derecho de otro Estado con el que las cuestiones resueltas en esos artículos estén estrechamente vinculadas, siempre y cuando, en virtud de la ley de ese otro Estado, esas reglas deban aplicarse independientemente del derecho por lo demás aplicable.]

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 111 a 117

A/CN.9/466, párrs. 161 y 162

Comentario

198. El párrafo 1) tiene por objeto recoger un principio generalmente aceptado en derecho internacional privado, según el cual la ley imperativa del foro puede aplicarse independientemente de la ley aplicable por otros conceptos (véanse el artículo 7 del Convenio de Roma y el artículo 11 de la Convención de México, D.F.). La ley imperativa no se refiere en este contexto a la ley de la que no es posible apartarse mediante acuerdo (como en el artículo 28 3)), sino a una ley de importancia fundamental, como la ley de protección del consumidor o la ley penal (*loi de police*). El párrafo 2) introduce una norma diferente, a saber, que un tribunal en un Estado Contratante puede no aplicar su propia ley ni la ley aplicable conforme a los artículos 28 y 29, sino la de un tercer país, en razón de que las cuestiones reguladas en esas disposiciones tiene una vinculación estrecha con el país mencionado (se deriva del artículo 7 1) del Convenio de Roma, que está sujeto a reservas, mientras que los textos de derecho internacional privado más recientes no incluyen esas reservas). El alcance del artículo 31 se limita a los supuestos que afectan a la ley aplicable al contrato de cesión y a las relaciones entre cesionario y deudor. En cuanto a si sería posible apartarse de la ley aplicable a las cuestiones de prelación como contraria a las normas imperativas del estado del foro, se estimó en general que resultaba suficiente el párrafo 3) del artículo 30, en virtud del cual es posible apartarse de una norma de prelación de la ley aplicable con el fin de proteger, por ejemplo, un derecho impositivo del Estado del foro. Se estimó que esa limitación de la excepción de derecho imperativo se justificaba, ya que las normas de prelación eran de carácter imperativo y el dejarlas de lado a favor de las normas imperativas del foro o de otro Estado tendría como consecuencia no buscada la incertidumbre en cuanto a los derechos de terceros, consecuencia que repercutiría negativamente en la disponibilidad y el costo del crédito.

[Artículo 32. Orden público

Con respecto a las cuestiones reguladas en el presente artículo, el tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley especificada en el presente capítulo cuando dicha disposición sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.]

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 118 y 119

A/CN.9/466, párrs. 163 y 164

Comentario

199. El artículo 32 difiere del artículo 31 en que tiene un efecto sólo negativo, es decir, el de pasar por alto una norma de ley aplicable cuando sea manifiestamente contraria al orden público del foro (sobre esta cuestión véase el párr. 180; véanse también el artículo 16 del Convenio de Roma y el artículo 18 de la Convención de México D.F.). En armonía con el criterio seguido en otros textos jurídicos internacionales, se ha añadido “manifiestamente” antes de las palabras “contraria al orden público”. Hay que observar que lo que tiene que ser manifiestamente contrario al orden público del foro es la aplicación de la ley aplicable a un caso particular y no la ley aplicable misma. La aplicación de la ley extranjera, por lo tanto, no puede rehusarse en razón de que la ley misma, en general, se considere incompatible con el orden público del foro, sino sólo cuando la aplicación de una norma particular a un caso concreto repugnaría al orden público.

CAPÍTULO VI. CLÁUSULAS FINALES

Artículo 33. Depositario

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

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 124 y 125

Comentario

200. La Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, situada en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, cumple las funciones de depositario del Secretario General. Se puede acceder a los tratados depositados con el depositario por medio de la página de presentación de la *World Wide Web* (<http://www.un.org/depositary>).

Artículo 34. Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión

- 1) La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta
- 2) La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.
- 3) La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.
- 4) Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 141 y 142

Comentario

201. Tal vez desee la Comisión examinar la duración del plazo durante el cual el proyecto de convención estará abierto a la firma de los Estados. En las convenciones preparadas por la CNUDMI, ese plazo varía entre un año (en el caso del Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, 1978, y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional) y dos años y medio (en el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales).

Artículo 35. Aplicación a las unidades territoriales

- 1) Todo Estado integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar, en cualquier momento, que la presente Convención será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.
- 2) En esas declaraciones se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.
- 3) Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado y si el cedente o el deudor están situados en una unidad territorial a la que la Convención no es aplicable, se considerará que el lugar donde estén situados no se halla en un Estado contratante.

4) Si un Estado no hace ninguna declaración conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 143 y 144

Comentario

202. El artículo 35 tiene por objeto garantizar que un Estado federal pueda aprobar el proyecto de convención, aunque, por cualquier razón, no desee que se aplique en una o más de sus unidades territoriales. Ese derecho es especialmente importante para los Estados en donde hay más de un ordenamiento jurídico. La declaración puede hacerse en cualquier momento, antes o después de la ratificación, aprobación o adhesión (se hace referencia a un “Estado” y no a un “Estado Contratante”, dado que la declaración puede hacerse por un Estado simplemente signatario). El efecto de una declaración hecha con arreglo al artículo 35 es que una parte situada en una unidad territorial a la que no se aplique el proyecto de convención en virtud de dicha declaración, no se considerará situada en un Estado Contratante (párr. 3)). Si esa parte es el cedente, el proyecto de convención no se aplicará en absoluto. Si es el deudor, no se aplicarán las disposiciones del proyecto de convención que regulan los derechos y obligaciones del deudor. No resulta claro en qué momento debe estar situado el deudor en un Estado Contratante ni cuándo debe ser la ley de un Estado Contratante la que gobierne los créditos cedidos (artículo 1) 2)). Si no se especifica ese momento en el párrafo 2) del artículo 1 (y posiblemente en el artículo 35), en el supuesto de que el deudor está situado en un Estado Contratante en el momento de la celebración del contrato de cesión pero, como consecuencia de una declaración hecha con arreglo al artículo 35, no en el momento en que nazca un crédito futuro o en el momento de la notificación, no será claro si el proyecto de convención se aplicará con respecto a ese deudor (véase en el párr. 17 una sugerencia de la Secretaría a favor del momento de la celebración del contrato de origen).

Artículo 36. Conflictos con otros acuerdos internacionales

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional que se haya celebrado o pueda celebrarse y que contenga disposiciones relativas a las materias regidas por la presente Convención [, siempre que el cedente esté situado en un Estado parte en ese acuerdo o por lo que respecta a las disposiciones de la presente Convención que tratan de los derechos y obligaciones del deudor, el deudor esté situado en un Estado parte en ese acuerdo].

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 52 a 55, 75 y 76 y 201 a 203

A/CN.9/456, párrs. 232 a 239

A/CN.9/455, párrs. 67 a 73 y 126 a 129

A/CN.9/466, párrs. 192 a 195

Comentario

203. Al recoger en general principios aceptables sobre los conflictos entre textos jurídicos internacionales (véase, por ejemplo, el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969 (“Convención de Viena”) y el artículo 90 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa), el artículo 36 da precedencia a otros textos que contienen disposiciones que se ocupan de materias comprendidas en el proyecto de convención. Entre los textos con que el proyecto de convención puede entrar en conflicto se encuentran el Convenio de Ottawa, el Convenio de Roma, la Convención de México, D.F., la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente, el proyecto de reglamentación de la insolvencia de la Unión Europea y el anteproyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil.

Convenio de Ottawa

204. El ámbito sustantivo y territorial del Convenio de Ottawa es más limitado que el del proyecto de convención (entre las operaciones no comprendidas se encuentran los contratos de facturaje en los que sólo se preste uno de los servicios mencionados en el artículo 1 del Convenio; no haya notificación; y cedente, cesionario o deudor no estén situados en un Estado Contratante). Además, las partes pueden excluir la aplicación del Convenio en su totalidad. Por otra parte, el Convenio de Ottawa no se ocupa de determinadas cuestiones (por ejemplo, las de prelación). Sin embargo, en la medida en que las dos convenciones se aplican a un contrato de facturaje, esa aplicación puede llevar a resultados contradictorios en cierto número de aspectos (por ejemplo, el alcance de las reservas a la norma sobre las limitaciones contractuales para la cesión, la notificación relativa a créditos inexistentes en el momento de hacerla, la liberación del deudor por el pago hecho al cesionario con conocimiento del derecho de prelación superior de otra persona, y la recuperación de los pagos hechos por el deudor al cesionario). En tales casos se plantea la cuestión de si el proyecto de convención en su conjunto se dejará de lado o si se podrá aplicar, al menos, con respecto a las cuestiones no reguladas en el Convenio de Ottawa (por ejemplo, las de prelación). El artículo 36 no lo trata expresamente, aunque puede defenderse que, con respecto a esas cuestiones, no habría conflicto y se aplicaría el proyecto de convención si dieran los requisitos necesarios para ello. Tal vez desee la Comisión tratar esta cuestión expresamente en el artículo 36. Por lo que se refiere a materias comprendidas en el proyecto de convención y en el Convenio de Ottawa, en la medida en que surjan conflictos prevalecerá este último. Sin embargo, en vista de que el Convenio de Ottawa contiene también una disposición análoga al artículo 36, puede no resultar claro cuál de las dos convenciones se aplicará en un supuesto determinado. Si la consecuencia es que se aplica el Convenio de Ottawa, se planteará un problema diferente. Si las dos convenciones se aplican a un contrato de facturaje determinado, prevalece el Convenio de Ottawa y las partes en el contrato de facturaje o en el contrato del que nazcan los créditos cedidos excluyen la aplicación de éste (artículo 3 del Convenio de Ottawa), el proyecto de convención no se aplicaría en virtud del artículo 36 y el Convenio de Ottawa tampoco ya que su aplicación habría sido excluida por las partes. Tampoco en ese caso se sabría claramente cuál era la ley aplicable.

205. Hay diferentes formas de tratar esas cuestiones. Una sería dejarla a la autonomía de la voluntad de las partes. Si éstas excluyen la aplicación del Convenio de Ottawa y eligen el proyecto de convención, éste se aplicará, por lo menos, si se dan todas las condiciones para su aplicación establecidas en el capítulo I (aunque en algunos Estados, puede aplicarse el proyecto de convención en virtud de sus normas de derecho internacional privado aunque no fuera aplicable a falta de su elección por las partes). Esa elección de la ley sería normalmente eficaz, a menos que fuera contraria al orden público o a una ley imperativa del foro. Sin embargo, el resultado iría en contra de la política que inspira los artículos 24 a 26 y 30 del proyecto de convención, que no permiten a las partes elegir la ley aplicable a las cuestiones de prelación. Otra método sería dejar a cada Estado decidir a qué texto deseaba dar preferencia (véase, por ejemplo, el artículo 33 2) en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104; véase también el artículo 20 de la Convención de México D.F.; sobre observaciones críticas a esta disposición, véanse los párrs. 192 a 195 del documento A/CN.9/466). Este método, sin embargo, podría tener un efecto perjudicial en la certidumbre de la ley. Las partes tendrían que examinar cada declaración y determinar su contenido exacto, la relación con la ubicación del cedente o del deudor, y el momento pertinente de la declaración para que afectara a los intereses de los acreedores del cedente, el cesionario y los terceros, por una parte, y a los intereses del deudor, por otra. Otra forma más de tratar esas materias sería prever expresamente en el artículo 36 que el proyecto de convención se aplicaría a los contratos y cuestiones de facturaje no reguladas en el Convenio de Ottawa. El posible inconveniente de este método es que, a fin de determinar si se aplicaría el proyecto de convención a un contrato de facturaje determinado, las partes tendrían que examinar el Convenio de Ottawa. Este resultado puede complicar la aplicación del proyecto de convención y aumentar el costo de la operación. Una última forma de tratar los conflictos con el Convenio de Ottawa sería que el proyecto de convención lo reemplazara. Este método plantearía una cuestión de política legislativa que los Estados tendrían que resolver. Desde un punto de vista sustantivo, sin embargo, este método parece ofrecer

el mayor grado posible de certidumbre. Se podría examinar la posibilidad de incluir un texto concebido en los siguientes términos:

Variante A

“2) Si en virtud del párrafo 1) del presente artículo queda excluida la presente Convención y las partes en el contrato de facturaje o en el contrato de origen excluyen la aplicación del Convenio de Ottawa, dichas partes podrán elegir la aplicación de la presente Convención [si se cumplen las condiciones del capítulo I].”

Variante B

“2) Un Estado podrá declarar en cualquier momento que la Convención no prevalecerá sobre las convenciones internacionales u otros acuerdos multilaterales o bilaterales enumerados en la declaración que haya suscrito o tenga la intención de suscribir y que contengan disposiciones relativas a las cuestiones regidas por la presente Convención.”

Variante C

“2) Si el Convenio de Ottawa no se aplica o si se trata de una cuestión no regulada en él se aplicará la presente Convención.”

Variante D

“2) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo, la presente Convención reemplazará al Convenio de Ottawa.”

206. La variante A sería compatible con el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Las variantes B a D estarían en armonía con el párrafo 2) del artículo 30 de la Convención de Viena, que permite que un tratado especifique qué tratado prevalecerá en caso de conflicto. Si la Comisión decide mantener el texto entre corchetes del artículo 36, ese texto tendría que ser complementado por una referencia a la aplicación del proyecto de convención con respecto a los derechos y obligaciones del deudor en los supuestos en que la ley que rigiera el crédito fuera la ley de un Estado Contratante (artículo 1 2)).

Convención de México, D.F. y Convenio de Roma

207. No hay conflictos entre el proyecto de convención y la Convención de México, D.F., que se ocupa de la ley aplicable a los contratos en general (y no a las cesiones en particular), de una forma compatible con el artículo 28 del proyecto de convención. Los conflictos entre el artículo 12 del Convenio de Roma y los artículos 28 y 29 del proyecto de convención son mínimos, ya que estos últimos artículos son idénticos al artículo 12 del Convenio de Roma (salvo la elección expresa que requiere el párrafo 1) del artículo 28 y la presunción simple prevista en su párrafo 2)). Además, normalmente no debieran surgir conflictos entre el artículo 12 del Convenio de Roma y el artículo 30 del proyecto de convención, ya que, según la opinión dominante, el artículo 12 del Convenio de Roma no se ocupa de esa cuestión. Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha expresado la opinión de que el artículo 12 del Convenio de Roma se ocupa de las cuestiones de prelación, ya sea en su párrafo 1) (ley elegida por las partes) o en su párrafo 2) (ley por la que se rija el crédito). El Grupo de Trabajo ha adoptado la posición de que ninguna de esas dos leyes resulta adecuada. En cualquier caso, a fin de evitar todo conflicto con el Convenio de Roma, el artículo 37 prevé que un Estado podrá optar por excluir el capítulo V. Como consecuencia, si todos los Estados Partes en el Convenio de Roma eligen esa exclusión, no se produciría ningún conflicto. Sin embargo, no se permite excluir los artículos 24 a 26. Por consiguiente, pueden surgir conflictos entre estos artículos del proyecto de convención y el artículo 12 del

Convenio de Roma. Ni el artículo 36 ni su equivalente, el artículo 21 del Convenio de Roma, aclararían suficientemente qué convención se aplicaría en caso de conflicto, ya que ambos ceden a favor del otro texto. Como consecuencia, podría haber incertidumbre. La cuestión se podría dejar a los principios de derecho internacional público, en virtud de los cuales prevalecería el texto jurídico más específico o sustantivo (es decir, el proyecto de convención). Sin embargo, tratar la cuestión expresamente en el artículo 36 aumentaría la certidumbre. Tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de dejar la cuestión a la autonomía de la voluntad de las partes o a cada Estado, o permitir que el proyecto de convención complemente o reemplace al Convenio de Roma (véanse las variantes que figuran en el párr. 205).

208. Tal vez desee la Comisión examinar si el artículo 36 debiera ocuparse de los conflictos con leyes supranacionales que no revistan la forma de acuerdo internacional (por ejemplo, los reglamentos de la Unión Europea). Tratar la cuestión en el artículo 36 y dar precedencia a ese derecho supranacional podría eliminar un posible obstáculo para que algunos Estados aprobasen el proyecto de convención.

Proyecto de reglamentación de la insolvencia de la Unión Europea

209. No se plantean conflictos con el proyecto de reglamentación de la insolvencia de la Unión Europea (aprobado por el Consejo de la Unión Europea y pendiente de aprobación por el Parlamento Europeo). El concepto de administración central es idéntico al de centro de interés principal utilizado en el proyecto de reglamentación sobre la insolvencia, y esta reglamentación no afecta a los derechos *in rem* de un procedimiento de insolvencia principal. Aunque el proyecto de reglamentación podría afectar a los derechos *in rem* en un procedimiento de insolvencia secundario (artículos 2 g), 4 y 28), el artículo 25 sería suficiente para conservar, por ejemplo, los derechos de máxima prelación y, en cualquier caso, el proyecto de convención no afectaría a los derechos especiales de la insolvencia (véanse los párrs. 179 a 182).

Convención sobre garantías y crédito contingente

210. Si en el proyecto de convención se excluye la cesión del derecho a solicitar el pago de un compromiso independiente y la cesión del producto de ese compromiso se somete al artículo 5, no surgirán conflictos con la Convención sobre garantías y crédito contingente (véanse los párrs. 48 y 52).

Anteproyecto de convenio relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil

211. Puede surgir conflictos con el anteproyecto de convenio relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil que actualmente prepara un grupo de expertos en el contexto de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), el Unidroit y otras organizaciones. Este anteproyecto se refiere a equipo móvil de gran valor, aunque no contiene una lista definida de los tipos de equipo que quedarán comprendidos, y en su artículo 2 se habla de un “objeto singularmente identificable”. Sin embargo, requerirá la preparación de un protocolo al proyecto de convención que se aplique a un tipo determinado de equipo (artículo 7). La característica principal de ese anteproyecto con respecto a la cesión de créditos es que trata la obligación principal, es decir, el crédito nacido de la venta o arrendamiento de equipo móvil, como una garantía accesoria sobre ese equipo. Como consecuencia, el cesionario que inscriba su derecho de garantía sobre el equipo móvil en el registro internacional específico para ese equipo del anteproyecto de convención obtendrá automáticamente la obligación principal. Un cesionario de la obligación principal sin una garantía sobre el equipo móvil no podría inscribirla ni obtener prelación. En virtud del artículo 36, todo conflicto con el anteproyecto de convención se resolvería a favor de la aplicación de dicho anteproyecto (cuestión que podría aclararse más en él). Al mismo resultado se llegaría aunque no existiera el artículo 36, ya que, de conformidad con los principios generales de derecho consuetudinario de los tratados prevalece el texto más específico (*lex specialis derogat legi generali*).

Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no estará vinculado por el capítulo V.

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 72 y 148

A/CN.9/466, párrs. 196 y 197

Comentario

212. A fin de hacer el proyecto de convención más aceptable para los Estados Partes en textos de derecho internacional privado vigentes, como el Convenio de Roma, el artículo 37 permite a los Estados excluir el capítulo V. Esa exclusión es coherente con la decisión del Grupo de Trabajo de que el capítulo V sea parte integrante del proyecto de convención. A diferencia de la exclusión, elegir la fórmula de adhesión tendría el efecto no buscado de desalentar a los Estados de la adopción del capítulo V.

Artículo 38. Limitaciones relativas al Estado y a otras personas o entidades públicas

Todo Estado Parte podrá declarar en cualquier momento que no quedará vinculado por lo dispuesto en los artículos 11 y 12 caso de que el deudor, o toda persona que otorgue una garantía personal o real del pago del crédito cedido, estén situados en el territorio de ese Estado en el momento de concluirse el contrato de origen, y el deudor o esa persona sean una entidad estatal, ya sea de la administración central o local, o cualquier subdivisión de la misma, o una entidad pública de cualquier otra índole. De efectuar un Estado esa declaración, lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la presente Convención no será aplicable a los derechos y obligaciones de ese deudor o de esa persona.

Referencias

A/CN.9/432, párr. 117
A/CN.9/455, párr. 48

A/CN.9/456, párrs. 115 y 116
A/CN.9/466, párr. 107 a 115

Comentario

213. El artículo 38 tiene por objeto garantizar que los deudores públicos no se vean afectados por las cesiones realizadas con infracción de limitaciones contractuales para la cesión incluidas en contratos de adquisiciones públicas u otros contratos similares. Como consecuencia del artículo 38, una cesión de créditos adeudados por un deudor público situado en un Estado que haya hecho una declaración en el momento de la conclusión del contrato de origen no será eficaz frente al deudor público. Sin embargo, seguirá siendo eficaz frente al cedente y los acreedores del cedente. El Grupo de Trabajo decidió adoptar este método para no disminuir la aceptabilidad del proyecto de convención para los Estados que quizá no puedan proteger a sus deudores públicos mediante una limitación legal. El Grupo de Trabajo reconoció que la mayoría de los Estados protegerían a los deudores públicos por medio de una limitación de esa índole, a la que no afectaría al proyecto de convención. Se estimó también, en general, que una norma sustantiva que diera plena efectividad a una limitación contractual e invalidara la cesión realizada frente a un deudor público aumentaría el costo del crédito para los deudores públicos, con independencia de que éstos desearan o no ser protegidos de esa forma. Además, el Grupo de Trabajo reconoció que, una vez que el deudor público quedaba protegido, no había razón para invalidar la cesión en general. Mantener la validez de la cesión entre el cedente y el cesionario permitiría a éste gozar de prelación satisfaciendo los requisitos de la ley de la ubicación del cedente.

214. A diferencia del artículo 6 del Convenio de Ottawa, que permite formular una reserva con respecto a cualquier deudor, el artículo 38 sólo permite las reservas con respecto a los deudores públicos. Al adoptar este método, el Grupo de Trabajo estimó que los Estados que examinaran la aprobación del proyecto de convención tendrían que sopesar la posible inconveniencia para el deudor de tener que pagar a una persona diferente, con

la ventaja del aumento de la disponibilidad de crédito de bajo costo para deudores y cedentes, lo que a la larga podría estimular la economía. El artículo 38 tiene por objeto permitir a un Estado excluir la aplicación de los artículos 11 y 12 cuando se trate de cualquier entidad de la administración central o local o de cualquiera de sus subdivisiones. En cuanto a las entidades públicas, permite a los Estados una amplia flexibilidad para determinar el tipo de las que deseen excluir de la aplicación de los artículos 11 y 12 (sin limitar la aplicación del artículo 38 a las entidades mercantiles de propiedad pública o a los organismos públicos que actúen como empresas comerciales). El Grupo de Trabajo reconoció que era prerrogativa de cada Estado determinar qué tipo de entidad pública deseaba proteger. Ese método resultaba especialmente necesario en los países en que las entidades públicas y sus actividades no se regían por un conjunto especial de normas de derecho público sino que quedaban sujetas a las normas por las que se rigen las entidades y actividades “mercantiles”.

[Artículo 39. Otras exclusiones

Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la Convención a ciertas prácticas enumeradas en una declaración. De ser ese el caso, la Convención no será aplicable a tales prácticas si el cedente está situado en ese Estado o, con respecto a las disposiciones de la presente Convención que regulen los derechos y obligaciones del deudor, si el deudor está situado en ese Estado.]

Referencias

A/CN.9/466, párrs. 198 a 201

Comentario

215. A fin de hacer el proyecto de convención más aceptable para los Estados que pudieran preocuparse por la aplicación de ciertas prácticas, el artículo 39 prevé la posibilidad de que los Estados excluyan otras prácticas. Aparece entre corchetes en espera de la decisión final sobre el ámbito exacto del proyecto de convención. Una vez definido ese ámbito y, en particular, el artículo 5, tal vez desee la Comisión examinar si resulta necesario este artículo 39. Si se mantiene, habría que incluir en la segunda oración una referencia a la ley que rija el crédito y al momento del contrato de origen en que el deudor tendría que estar situado en un Estado Contratante o a si la ley que rija el crédito cedido tendría que ser la de un Estado Contratante (artículo 1 2); véase también el párr. 17). Para sustituir la segunda oración del artículo 39 se podría examinar la inclusión de un nuevo párrafo segundo concebido en estos términos:

“2) Si un Estado formula una declaración en virtud del párrafo 1) del presente artículo:

a) La Convención no se aplicará a esas prácticas si el cedente está situado en el momento de la conclusión del contrato de cesión en ese Estado; y

b) No se aplicarán las disposiciones de la Convención que afecten a los derechos y obligaciones del deudor si, en el momento de la conclusión del contrato de origen, el deudor está situado en ese Estado o la ley por la que se rige el crédito es la ley de ese Estado.”

Artículo 40. Aplicación del anexo

1) Un Estado Contratante podrá declarar, en cualquier momento que

Variante A

quedará vinculado por las secciones y/o II o por la sección III del anexo de la presente Convención.

Variante B

a) quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la inscripción enunciado en la sección I del anexo y que participará en el sistema de registro internacional establecido de conformidad con la sección II del anexo;

b) quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la inscripción enunciado en la sección I del anexo y pondrá en práctica ese régimen mediante el recurso a un sistema de registro que cumpla con el objetivo de ese régimen [conforme a un reglamento que será promulgado con arreglo a lo dispuesto en la sección II del anexo], en cuyo supuesto, para los fines de la sección I del anexo, toda inscripción efectuada con arreglo a ese sistema surtirá el mismo efecto que una inscripción efectuada con arreglo a la sección II del anexo; o

c) quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la fecha de cesión del contrato de cesión que aparece enunciado en la sección III del anexo.

2) Para los fines del artículo 24 la ley aplicable en un Estado Contratante que haya efectuado una declaración con arreglo a los apartados a) o b) del párrafo 1) del presente artículo será el régimen enunciado en la sección I del anexo y la ley aplicable en un Estado Contratante que haya efectuado una declaración con arreglo al apartado c) del párrafo 1) del presente artículo será el régimen enunciado en la sección III del anexo. Todo Estado Contratante podrá disponer que las cesiones efectuadas antes de que su declaración surta efecto pasarán a regirse por el régimen seleccionado, una vez transcurrido un plazo razonable.

3) Todo Estado Contratante que haya efectuado una declaración a tenor de lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo podrá, con arreglo a su régimen de prelación interno, recurrir al sistema de registro que se establezca con arreglo a la sección II del anexo.]

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 122 y 130 a 132

A/CN.9/466, párrs. 188 a 191, 202 y 203

Comentario

216. El artículo 40 tiene por objeto enumerar las posibilidades de elección de los Estados con respecto a los anexos y los efectos de esa elección hecha por medio de una declaración (que autoriza el artículo 1 4); véase el párr. 23). Contiene dos variantes. La variante A presenta brevemente las posibilidades de elección de los Estados, sin ocuparse de sus efectos (su contenido y su redacción y, en particular, las palabras “y/o” no han sido aprobados por el Grupo de Trabajo). La variante B es una versión más compleja de la variante A, que expone las diversas posibilidades y sus efectos. Con arreglo a la variante B, los Estados tendrían cuatro posibilidades de elección con respecto al anexo: adoptar el régimen de prelación de la sección I y el sistema de registro propuesto en la sección II (párrafo 1) a)); adoptar el régimen de prelación de la sección I y un sistema de registro distinto del propuesto en la sección II (párrafo 1) b)); adoptar el régimen de prelación de la sección III (párrafo 1) c)); o adoptar el sistema de registro de la sección II y un régimen de prelación distinto del previsto en la sección I (párrafo 3)). La diferencia entre la posibilidad del párrafo 1) y la del párrafo 3) es que un Estado no tendría que hacer una declaración para realizar la elección prevista en el párrafo 3) de la segunda variante. Con arreglo al párrafo 2) de la variante B, en función de la sección del anexo a la que el Estado se adhiera, la sección I o la sección III del anexo será la ley de la ubicación del cedente, siempre que el Estado que haya hecho la declaración sea el Estado de la ubicación del cedente en el momento de concluir el contrato de cesión (lo que tendría que declararse expresamente en el artículo 40). En armonía con los artículos 35 a 39 y 41, el artículo 40 debería referirse a un Estado (no a un Estado Contratante), ya que la declaración podrá hacerse “en cualquier momento”, incluido el de la firma, pero antes de la ratificación, aceptación o aprobación.

Artículo 41. Efecto de las declaraciones

- 1) Toda declaración efectuada a tenor de los artículos 35 1) y 37 a 40 en el momento de la firma estará sujeta a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.
- 2) Toda declaración o confirmación de declaración deberá constar por escrito y será notificada formalmente al depositario.
- 3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de esa entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha del vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido recibida por el depositario.
- 4) Todo Estado que haga una declaración a tenor de los artículos 35 1) y 37 a 40 podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial por escrito al depositario, que surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.
- 5) Una declaración o su retirada no afectarán a los derechos de las partes con respecto a cesiones efectuadas antes de la fecha en que la declaración o su retirada surtan efecto.]

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 79 y 80
A/CN.9/455, párrs. 145 y 146

A/CN.9/466, párr. 206

Comentario

217. Los párrafos 1) a 4) recogen la práctica habitual del derecho de los tratados. Con arreglo a los párrafos 1) y 2), las declaraciones hechas en el momento de la firma deberán confirmarse en el momento de la ratificación, aprobación o adhesión; y las declaraciones y confirmaciones deberán constar por escrito y ser notificadas formalmente al depositario. De conformidad con el párrafo 3), toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la convención respecto del Estado que la haga. Hay un plazo de seis meses de demora si se notifica al depositario la declaración después de la entrada en vigor. Ese plazo comienza en el momento en que el depositario reciba la notificación formal y termina el primer día después del vencimiento del período de seis meses. Con arreglo al párrafo 4), la retirada de una declaración surtirá efecto el primer día después de la expiración de seis meses contados a partir de la recepción por el depositario de la notificación formal.

218. El párrafo 5) trata de una cuestión relativa a la aplicación transitoria del proyecto de convención. Lo mismo que las normas de aplicación transitoria del párrafo 3) del artículo 43 y del párrafo del mismo número del artículo 44, aparece entre corchetes porque el Grupo de Trabajo decidió dejar esa cuestión a la Comisión (véase el párr. 206 del documento A/CN.9/466). Las cuestiones relativas a la aplicación transitoria del proyecto de convención se complican porque una cesión puede afectar a los intereses de quienes no sean partes y puede ser necesario tener en cuenta diferentes momentos para proteger a las distintas partes. El párrafo 5) tiene por objeto garantizar que, si un Estado hace una declaración o la retira con arreglo a los artículos 35, 37, 38, 39 ó 40, esa declaración o retirada no afectará a los derechos adquiridos antes de que la declaración o su retirada surtan efecto.

219. El párrafo 5) tendría que referirse también a las obligaciones y especificar los efectos para todas las partes, cedentes, cesionarios y deudores. Como el artículo 39, tendría que aclarar igualmente los derechos y

obligaciones que quedarán afectados, según cuál sea el Estado que formule la declaración o la retirada, y en qué momento. No debería permitirse que una declaración o su retirada por el Estado en que esté situado el cedente, hecha en el momento de la conclusión del contrato de cesión, afectara a los derechos y obligaciones del deudor. Una declaración formulada por el Estado en que esté situado el deudor o por cuya ley se rija el crédito (en el momento de la conclusión del contrato de origen; véanse los artículos 1, 2) y 35, así como los párrs. 17 y 202) no debería afectar a la prelación entre reclamantes concurrentes. Sólo una declaración o una retirada hechas por el Estado o los Estados en que estén situados el cedente y el deudor podría afectar a los derechos y obligaciones de todas las partes (en la práctica, esto sólo es posible si el cedente y el deudor están situados en el mismo Estado o a la entrada en vigor inicial del proyecto de convención, cuando entre en vigor al mismo tiempo en los cinco Estados Contratantes (artículos 41 3) y 43 1)). Es posible que el párrafo 5) tenga que ocuparse también de la cuestión de las cesiones de créditos nacidos después de que una declaración o su retirada surtan efecto pero antes de que el deudor reciba notificación de la cesión. Parecería que en tal supuesto debería permitirse que la declaración o su retirada afectara a los derechos y obligaciones del deudor. Ese resultado no frustraría ninguna expectativa legítima de éste con respecto a la aplicación del proyecto de convención, porque, antes de recibir la notificación, el deudor no sabe si se aplicará el proyecto de convención y, por consiguiente, no puede tener expectativas en cuanto al efecto exacto de este proyecto sobre sus derechos y obligaciones.

Artículo 42. Reservas

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 147 y 148

Comentario

220. El artículo 42, que recoge la práctica habitual del derecho de los tratados, tiene por objeto garantizar que no se hagan otras reservas que las expresamente autorizadas en el párrafo 1) del artículo 35 y en los artículos 37 a 40.

Artículo 43. Entrada en vigor

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

2) Para cada Estado que llegue a ser Estado Contratante en la presente Convención con posterioridad a la fecha en que se haya depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

[3) La presente Convención será aplicable únicamente a las cesiones efectuadas con posterioridad o en la propia fecha de la entrada en vigor de la Convención respecto de un Estado Contratante mencionado en el párrafo 1) del artículo 1.]

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 149 y 150

A/CN.9/466, párr. 206

Comentario

221. Los párrafos 1) y 2) recogen la práctica habitual del derecho de los tratados. Al determinar que se requerirán seis meses y cinco ratificaciones para que el proyecto de convención entre en vigor, el Grupo de Trabajo tuvo en cuenta la necesidad de que entre en vigor lo antes posible, siempre que haya recibido el apoyo de un número suficiente de Estados. El párrafo 3) tiene por objeto garantizar que los derechos adquiridos antes de la entrada en vigor no se vean afectados por el proyecto de convención. Lo mismo que el párrafo 5) del artículo 41 y el párrafo 3) del artículo 44, el párrafo 3) de este artículo aparece entre corchetes, porque el Grupo de Trabajo decidió dejar a la Comisión las cuestiones relacionadas con la aplicación transitoria del proyecto de convención (véase el documento A/CN.9/466, párr. 206).

Artículo 44. Denuncia

- 1) Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.
- 2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de un año contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.
- [3) La Convención continuará aplicándose a las cesiones efectuadas antes de la fecha en que surta efecto la denuncia.]

Referencias

A/CN.9/455, párrs. 151 a 155

A/CN.9/466, párr. 206

222. El artículo 44 tiene por objeto garantizar que un Estado Contratante pueda denunciar el proyecto de convención. Es posible que la segunda oración del párrafo 2) no sea necesaria. Si un Estado desea prorrogar el plazo para que la denuncia surja efecto, podrá posponer su notificación al depositario. Permitir que los Estados varíen el momento en que surtirán efecto las denuncias puede traducirse en incertidumbre sobre la aplicación del proyecto de convención o, al menos, en un aumento del costo de las operaciones, en la medida en que las partes tendrían que comprobar las declaraciones formuladas por los Estados a fin de determinar el momento en que su denuncia surtiría efecto. Además, ese método sería incompatible con el párrafo 3) del artículo 41, que no permite a los Estados variar el momento en que surtirá efecto una declaración. A fin de garantizar la certidumbre, el párrafo 3) dispone que la denuncia no afectará a los derechos adquiridos antes de que surta efecto. Este método resulta especialmente necesario para proteger los derechos de terceros, que pueden tener un crédito que se extienda a créditos futuros y confían en la aplicación del proyecto de convención. Sin esa norma uniforme, los terceros tendrían que depender de las normas sustantivas sobre las modificaciones sobrevenidas en la ley vigente en los distintos ordenamientos jurídicos, lo que podría traducirse en soluciones en conflicto o insatisfactorias en los casos que se examinan. Ese resultado sería incompatible con el objetivo principal del proyecto de convención, que es facilitar el acceso al crédito de bajo costo.

Disposiciones finales adicionales

223. Tal vez desee examinar la Comisión la posibilidad de incluir en las disposiciones finales la disposición siguiente, que el Grupo de Trabajo no tuvo tiempo para examinar en su 31º período de sesiones (véanse los párrs. 207 y 208 del documento A/CN.9/466):

“Artículo X. Revisión y enmienda

1. A solicitud de por lo menos un tercio de los Estados Contratantes en la presente Convención, el depositario convocará a una conferencia de los Estados Contratantes para revisarla o enmendarla.
2. Todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda a la presente Convención se estimará que se aplica a la Convención enmendada.”

ANEXO

Referencias

A/CN.9/420, párrs. 155 a 164
A/CN.9/434, párrs. 239 a 258

A/CN.9/445, párrs. 18 a 44 y 83 a 93
A/CN.9/445, párrs. 18 a 32 y 120 a 123

Comentario

224. En vista de que el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo sobre una norma de prelación de derecho sustantivo, los artículos 24 a 26 remiten las cuestiones de prelación a la ley nacional (ley de la ubicación del cedente). Sin embargo, las normas de prelación nacionales pueden no existir, ser anticuadas o no resultar totalmente adecuadas para tratar todos los problemas pertinentes. Por esa razón, el Grupo de Trabajo decidió incluir, en un anexo facultativo al proyecto de convención, dos normas de prelación alternativas de derecho sustantivo: una basada en el momento de la cesión y la otra en el del registro. A fin de determinar si sus normas de prelación necesitan ser revisadas, tal vez deseen los Estados compararlas con las que figuran en el anexo.

225. Aunque las normas recogidas en el anexo tienen por objeto servir de modelo para la legislación nacional, no constituyen una ley modelo completa (y su aplicación se limita a los créditos). Por consiguiente, los Estados tendrán que preparar disposiciones adicionales. Por ejemplo, si se elige un sistema basado en el registro, puede ser necesario excluir algunas prácticas del régimen de prelación basado en el registro y someterlas a un régimen de prelación diferente; y habrá que complementar las normas sobre registro mediante disposiciones adecuadas. En general, el anexo sólo podrá aplicarse a un Estado que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 40 (artículo 1 4); véase el párr. 23). Las posibilidades de opción de los Estados y sus efectos se exponen en el artículo 40 (véase el párr. 216).

Sección I. Régimen de prelación basado en la inscripción

Artículo 1. Prelación entre varios cesionarios

En lo que concierne a los cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, el orden de prelación se determinará en función del orden en que se hayan inscrito los datos sobre la cesión con arreglo a la sección II del presente anexo, independientemente del momento de transferencia del crédito. De no haberse inscrito esos datos, el orden de prelación se determinará en función del momento de la cesión.

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 88 a 90

A/CN.9/466, párrs. 167 y 168

Comentario

226. El sistema de registro previsto en el artículo 1 requiere la inscripción no obligatoria en un registro público de determinados datos sobre la cesión. La finalidad de esa inscripción no es crear ni constituir una prueba de derechos de propiedad, sino proteger a terceros dándoles a conocer las cesiones realizadas y ofreciendo una base para resolver conflictos de prelación entre reclamaciones concurrentes e igualmente eficaces. A causa de su función limitada y a fin de que sea simple, rápido y poco costoso, la inscripción prevista en el artículo 1 requiere que se inscriba en el registro público un número muy limitado de datos (especificados en el artículo 4 del anexo). Si no se inscriben esos datos, prevalecerá el cesionario que figure en primer lugar.

227. La política que inspira el artículo 1 (y las secciones I y II) es que dar aviso a posibles financieros sobre las cesiones y determinar la prelación sobre los créditos mediante un sistema de inscripción pública aumentará la certidumbre en cuanto a los derechos de esos financieros y, como consecuencia, tendrá un efecto beneficioso en la disponibilidad y el costo del crédito mediante cesión de créditos. A fin de garantizar que las normas de prelación de la sección I se apliquen con un sistema de registro nacional existente, puede ser necesario revisar el artículo 1 (que se refiere a un sistema con arreglo a la sección II, que tendría que establecerse con arreglo al artículo 3 del anexo).

Artículo 2. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente

[A reserva de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Convención,] el derecho del cesionario gozará de prelación sobre los del administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluido todo acreedor que embargue créditos cedidos, si se cedieron los créditos, y se inscribieron los datos de la cesión en el registro con arreglo a lo prescrito en la sección II del presente anexo, con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia o al embargo.

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 169 y 170

Comentario

228. El artículo 2 tiene por objeto recoger el principio de que, si la inscripción se produce antes de que comience un procedimiento de insolvencia con respecto a los bienes y negocios del cedente o antes de atribuirle los créditos, el cesionario tendrá prelación. Como consecuencia, podrá ser pagado antes que los acreedores sin garantía (sin embargo, no se verán afectados los derechos preferentes especiales existentes con arreglo a la ley de la insolvencia, véase el párr. 182). Además, a fin de preservar cualquier derecho de prelación máxima (por

ejemplo, reclamaciones impositivas del Estado, de los empleados por sus salarios o del administrador de la insolvencia por los costos de ésta), la aplicación del artículo 2 queda supeditada al artículo 25.

Sección II. Registro

Artículo 3. Establecimiento de un sistema de registro

Se establecerá un sistema de registro para la inscripción de datos relativos a las cesiones efectuadas con arreglo a la presente Convención y al reglamento que promulgue el encargado del registro y la autoridad de supervisión. Ese reglamento prescribirá con detalle el modo en que deberá funcionar el sistema de registro, así como el procedimiento para resolver las controversias relativas a su funcionamiento.

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 94 a 103

A/CN.9/466, párrs. 171 y 172

Comentario

229. La política que inspira el artículo 3 es que, aunque el anexo debe incluir algunas disposiciones básicas sobre el registro, la mecánica del procedimiento debe dejarse a reglamentos preparados por el encargado del registro y la autoridad de supervisión. A fin de evitar dar la impresión de que los reglamentos tengan que ser más detallados de lo que sea prácticamente necesario y de dar suficiente flexibilidad al encargado del registro y a la autoridad de supervisión para prepararlos, el artículo 3 se refiere a un reglamento que prescriba “con detalle” (no “con exactitud”) el funcionamiento del sistema de registro.

230. El encargado del registro (que podrá ser seguramente una entidad privada) y la autoridad de supervisión (que se pretende que sea una organización intergubernamental) tendrían facultades importantes para resolver, además de la mecánica de la inscripción, cuestiones sustanciales, como la competencia judicial en materia de obligaciones, responsabilidad, privilegios e inmunidades del encargado del registro. Por consiguiente, quizá desee la Comisión examinar la forma de nombrar a la autoridad de supervisión y al encargado del registro. Como tanto éste como la autoridad de supervisión recibirían amplias facultades con respecto a la aplicación del proyecto de convención, parecería apropiado un proceso análogo al de revisión, que implica una conferencia de Estados Contratantes (véanse los párrs. 165 y 166 del documento A/CN.9/466). Otra posibilidad es que la Comisión desee designar en el anexo a alguna organización intergubernamental internacional como autoridad de supervisión y, posiblemente, al primer encargado del registro, y tratar en ese anexo algunas cuestiones fundamentales, como la competencia judicial en materia de obligaciones, responsabilidad, privilegios e inmunidades del encargado del registro y los costos de establecer y administrar el sistema (este es el método seguido en el anteproyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil de OACI/Unidroit y en el anteproyecto de protocolo para las aeronaves; véanse los artículos XVI y XIX del anteproyecto de protocolo para las aeronaves y los artículos 26 y 26 *bis* y 40 del anteproyecto de convención).

Artículo 4. Inscripción en un registro

1) Toda persona facultada para ello por el reglamento podrá inscribir en el registro, con arreglo a la presente Convención y al reglamento del registro, los datos relativos a una cesión. A tenor de lo dispuesto en el reglamento, se inscribirán en ese registro los datos de identificación del cedente y del cesionario y una breve descripción de los créditos cedidos.

2) Una única inscripción podrá consignar:

- a) la cesión al cesionario de más de un crédito del cedente;

- b) una cesión aún no efectuada;
 - c) la cesión de créditos no existentes en el momento de la inscripción.
- 3) La inscripción, o su modificación, surtirá efecto desde el momento en que los datos mencionados en el párrafo 1) estén a disposición de quienes los consulten. La persona que haga la inscripción podrá especificar, entre las opciones ofrecidas por el reglamento, el plazo de validez de la inscripción. A falta de tal especificación, la inscripción será válida durante un período de cinco años. El reglamento especificará el modo en que podrá renovarse, modificarse o anularse una inscripción y, de conformidad con el presente anexo, toda otra cuestión que sea requerida para el funcionamiento del sistema de registro.
- 4) Todo defecto, irregularidad, omisión o error con respecto a la identificación del cedente que dé lugar a que no se encuentren los datos inscritos en una búsqueda efectuada a partir de la identificación del cedente invalidará la inscripción.

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 104 a 117

A/CN.9/466, párrs. 173 a 178

Comentario

231. La finalidad del artículo 4 es establecer los parámetros básicos para un sistema de registro eficiente. Esos parámetros básicos comprenden el carácter público del registro, el tipo de datos que habrá que inscribir, la forma de atender las necesidades relacionadas con el registro de las prácticas financieras modernas y el momento de eficacia de la inscripción. El registro propuesto es un registro público. Sin embargo, a fin de evitar abusos, se han introducido algunas limitaciones en cuanto a las personas que podrán inscribir (por ejemplo, sólo las que tengan un interés legítimo o autorización del cedente) y es posible que sea necesario dar al cedente el derecho a solicitar que se cancele la inscripción. El párrafo 1) deja esas cuestiones al reglamento. Éste podría ocuparse también de la inscripción abusiva y fraudulenta, aunque esta cuestión no planteará normalmente problemas, dado que la inscripción con arreglo al artículo 4 no crea derechos sustantivos. En cualquier caso, la cuestión de las pérdidas causadas como consecuencia de una inscripción no autorizada o fraudulenta podría regirse por las normas jurídicas generales relativas a la responsabilidad extracontractual o el fraude, o incluso por las penales. De conformidad con el párrafo 1) los datos que deben inscribirse comprenden la identificación del cedente y del cesionario y una breve descripción de los créditos cedidos. El tipo de identificación exigido se deja al reglamento. No obstante, se pretende incluir una identificación numérica. Las palabras “breve descripción” tienen por objeto incluir una descripción genérica, como “todos mis créditos procedentes de mi empresa de automóviles” o “todos mis créditos procedentes de los países A, B y C”. En principio, el párrafo 2) es una disposición fundamental, en el sentido de que tiene por objeto garantizar el funcionamiento eficiente del sistema de registro y atender las necesidades de las operaciones importantes. Con arreglo a los apartados a) y c), una sola inscripción podría abarcar un gran número de créditos, existentes o futuros, nacidos de uno o varios contratos, así como un conjunto cambiante de créditos y una suma cambiante de créditos con garantía (crédito renovable). Sin esas características, el registro sería costoso, lento e ineficiente. Todo abuso que pudiera perjudicar al cedente sin crear, sin embargo, derechos sustantivos, se deja a otras leyes.

232. De conformidad con el párrafo 3, la inscripción surtirá efecto cuando los que consulten el registro tengan acceso a los datos inscritos. Esto significa que si el cedente cae en la insolvencia después de la inscripción pero antes de que los datos queden a disposición de quienes consulten el registro, la persona que haga la inscripción soportará el riesgo de cualesquiera acontecimientos que puedan afectar a sus intereses. Con excepción de los casos que supongan la reestructuración de créditos dudosos, en los que es esencial el rápido desembolso de los fondos, la persona que inscriba podrá protegerse no haciendo desembolsos hasta que pueda disponer de los datos inscritos. Ese riesgo se reduciría considerablemente si no transcurriera un tiempo entre el momento de la inscripción de los datos y el momento en que queden a disponibilidad de los que consulten el registro, lo que

resulta posible en el caso de los sistemas de inscripción electrónica. El párrafo 3) permite a las personas que hagan la inscripción determinar el plazo de validez entre una serie de posibilidades ofrecidas en el reglamento. A falta de elección, el período de validez será de cinco años. Las renovaciones, anulaciones y modificaciones, así como cualquier otra cuestión necesaria para el funcionamiento del registro, se dejan al reglamento. A fin de proteger las inscripciones que contengan errores sin importancia, el párrafo 4) invalida sólo la inscripción que tenga defecto, irregularidad u omisión con respecto a la identificación del cedente que dé lugar a que los que consulten el registro no encuentren los datos inscritos. La razón subyacente es que si la persona que inscribe comete el error, es ella quien debe padecer las consecuencias; y si el error lo ha cometido el encargado del registro, éste deberá ser considerado responsable (cuestión que habrá de tratar el reglamento). Las palabras “que dé lugar” tienen por objeto garantizar que la inscripción sea ineficaz en el caso de un error importante con respecto a la identificación del cedente, aunque de hecho no haya ocurrido. Los errores u omisiones sin importancia con respecto a la identificación del cedente, o cualesquiera errores u omisiones en la identificación del cesionario o la descripción del crédito cedido no harán ineficaz la inscripción.

Artículo 5. Consulta del registro

- 1) Cualquier persona podrá consultar los ficheros del registro a partir de la identificación del cedente, conforme a lo prescrito en el reglamento, y obtener por escrito un resultado de su búsqueda.
- 2) Todo resultado de búsqueda por escrito, que pueda verse que ha sido emitido por el registro, será admisible como medio de prueba y, salvo prueba en contrario, dará fe de los datos sobre los que se base la consulta, inclusive:
 - a) La fecha y hora de inscripción; y
 - b) El orden de inscripción.

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 118 y 119

A/CN.9/466, párrs. 179 y 180

Comentario

233. El artículo 5 tiene por objeto consagrar el principio del acceso público al registro con fines de consulta y no sólo con fines de inscripción. Sólo un registro públicamente accesible podría aumentar la transparencia necesaria con respecto a los derechos de terceros. Ese acceso público al registro no afecta a la confidencialidad necesaria en las operaciones de financiación, ya que sólo un número limitado de datos estarían disponibles en el registro. El artículo 5 prevé también la admisibilidad y el valor general como medio de prueba del resultado de una búsqueda, ante un tribunal judicial o de otra índole. Ese resultado, en particular, probará los datos necesarios para determinar la prelación, es decir, la fecha y el momento de la inscripción y el orden de las inscripciones.

Sección III. Régimen de prelación basado en la fecha del contrato de cesión

Artículo 6. Orden de prelación entre varios cesionarios

Entre cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, ese crédito será adquirido por el cesionario cuyo contrato sea anterior al de los concurrentes.

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 83 a 87

A/CN.9/466, párrs. 181 a 185

Comentario

234. De conformidad con el artículo 6, el primer cesionario adquiere el crédito cedido. Todo cesionario ulterior no obtiene nada, ya que el cedente no tiene nada más que transferir (*nemo dat quod non habet*). Si no puede haber más de una cesión eficaz de los mismos créditos por el mismo cedente, no podrá surgir un conflicto de prelación entre varios cesionarios de esos créditos. Además, el artículo 6 no puede tratar de un conflicto de prelación entre varios cesionarios, si el cedente cede fracciones diferentes de los mismos créditos a diferentes cesionarios, porque, suponiendo que la legislación nacional permita la cesión fraccionada de créditos, se trataría de “créditos” diferentes. Además, el artículo 6 no puede ocuparse de un conflicto de prelación entre varios cesionarios si el cedente cede los mismos créditos a cesionarios diferentes para garantizar diferentes sumas de crédito que no excedan del valor del crédito. Si esa fuera la intención del artículo 6, el título de la sección III y del propio artículo, que hablan de “prelación” tendrían que revisarse. Si, de conformidad con el artículo 6, más de una cesión de los mismos créditos puede ser eficaz, sería necesario revisarlo, por ejemplo, del siguiente modo: “Entre cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, la prelación se determinará por el momento de la cesión”. En sus deliberaciones, tal vez desee la Comisión examinar el sistema de prelación introducido en el proyecto de artículo 12.401 de los Principios Contractuales Europeos. Con arreglo a ese artículo, la prelación se determinará por la notificación del deudor y, a falta de notificación, por el momento de la cesión. En ambos casos, tendrán que darse los requisitos de la ley aplicable a la insolvencia.

Artículo 7. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente

[A reserva de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Convención,] el cesionario gozará de prelación sobre el administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluido todo acreedor que haya embargado créditos cedidos, si se cedieron los créditos con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia o al embargo.

Referencias

A/CN.9/445, párrs. 83 a 87

A/CN.9/466, párrs. 186 y 187

Comentario

235. A diferencia del artículo 6 del anexo, el artículo 7 se refiere a la prelación. Sin embargo, si el crédito se transmite eficazmente antes de que se inicie un procedimiento de insolvencia o de atribución, al menos en el supuesto de una cesión incondicional no se planteará ninguna cuestión de prelación (el crédito no formará parte de la masa de la insolvencia). La cuestión de la prelación puede surgir en el caso de una cesión a título de garantía, en que el cesionario tratará de ser pagado en primer lugar con el producto del crédito. Según cuál sea la interpretación correcta del artículo 7, quizá desee la Comisión revisarlo. Lo mismo que en el caso del artículo 2 del anexo, no se pretende que la prelación afecte a los derechos especiales de la insolvencia (véase el párr. 182); y las palabras iniciales tienen por objeto proteger los derechos de prioridad máxima con arreglo a la ley del Estado del foro (véase el párr. 181).

