

V. POSIBLE LABOR FUTURA

A. Aspectos jurídicos del financiamiento mediante efectos a cobrar: informe del Secretario General

(A/CN.9/397) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-2
I. ALCANCE DE LA LABOR	3-19
A. Cesión de efectos a cobrar	3-5
B. La cesión por venta o a título de garantía	6-9
C. La cesión sin aviso	10
D. El facturaje	11-12
E. El facturaje a tanto alzado	13
F. Negociabilización	14-15
G. Financiamiento del propio proyecto	16
H. Efectos a cobrar comerciales o efectos a cobrar del consumidor	17
I. Efectos a cobrar internos o internacionales	18-19
II. POSIBLES CUESTIONES	20-51
A. Transferibilidad de los efectos a cobrar	20-25
1. Cláusula de intransferibilidad	21-23
2. La cesión global	24-25
B. Requisitos de forma	26-27
C. Validez de la cesión entre el cedente y el cesionario	28
D. Validez de la cesión frente al deudor	29-35
E. Validez de la cesión frente a terceros: prioridades	36-42
F. Inscripción en un registro	43-51
III. CONCLUSIONES	52-56

INTRODUCCIÓN

1. En su 26.º período de sesiones, celebrado en 1993, la Comisión examinó una nota de la Secretaría que contenía un breve examen de algunos problemas jurídicos de la cesión de créditos y de ciertos trabajos anteriores y en curso sobre la cesión y asuntos conexos¹. Tras haber examinado esa nota, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara, en cooperación con el UNIDROIT y otras organizaciones internacionales, un estudio sobre la viabilidad de una eventual labor de unificación en la esfera de la cesión de créditos, para que, en su 27.º período de sesiones, la Comisión decidiera a la luz de ese estudio si debía emprender o no alguna tarea en esta esfera². Se ha preparado

el presente informe en respuesta a esa solicitud. El informe está centrado sobre la cesión de efectos a cobrar como técnica jurídica utilizada en el contexto del financiamiento mediante efectos a cobrar.

2. Con miras a determinar la viabilidad de cualquier labor futura sobre el financiamiento mediante efectos a cobrar, la primera parte del informe examina el posible alcance de esa labor, y define los conceptos utilizados en el presente informe; en la segunda parte, se examinan algunos problemas suscitados por la cesión de efectos a cobrar junto con las soluciones posibles que cabría adoptar en cualquier régimen uniforme que se adoptara en el futuro en forma de convenio o de ley modelo. Al aplicar el mandato de que preparara este informe en cooperación con el UNIDROIT y otras organizaciones internacionales, la Secretaría suministró un anteproyecto de informe al UNIDROIT, a la Conferencia Internacional de La Haya de Derecho Internacional Privado

¹A/CN.9/378/Add.3.

²Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17, (A/48/17) párr. 301.

y al Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) para que pudieran presentar sus observaciones. La Secretaría presentará, además, este informe verbalmente al Consejo de Administración del UNIDROIT en su próxima reunión (Roma, 9 a 14 de mayo de 1994).

I. ALCANCE DE LA LABOR

A. Cesión de efectos a cobrar

3. El término “financiamiento mediante efectos a cobrar” se utiliza en la práctica para describir una amplia gama de operaciones por las que se consiguen recursos financieros mediante la cesión de efectos a cobrar. El financiamiento mediante efectos a cobrar puede estar vinculado con operaciones muy complejas, tales como la formación de empresas conjuntas, diversos arreglos contractuales o la emisión de títulos negociables o de valores bursátiles³. En una cesión de efectos a cobrar una de las partes (“cedente”) transfiere a la otra (“cesionario”) reclamaciones de pago que el cedente tiene contra un tercero (“deudor”) en virtud de una operación independiente de venta o de arriendo de bienes, de arriendo de instalaciones o de servicios prestados (“la operación inicial”). La cesión se hace en cumplimiento de una operación de crédito o de venta por la que el cedente sea deudor y el cesionario acreedor (“la operación subyacente”). No existe ninguna definición universalmente aceptada del término “efectos a cobrar”, que se utiliza muy a menudo como denominación genérica de las reclamaciones de pago pendientes. El financiamiento mediante efectos a cobrar puede efectuarse mediante la cesión de esos efectos a cobrar o valores exigibles por vía de venta o por vía de garantía real (véanse los párrafos 6 a 9), o mediante la cesión sin aviso (véase el párrafo 10), el facturaje (véanse los párrafos 11 y 12), el facturaje a tanto alzado (véase el párrafo 13), o incluso mediante técnicas más sofisticadas como determinadas formas de negociabilización de los efectos a cobrar (*securitization*) y financiamiento del propio proyecto (véanse los párrafos 14 a 16).

4. Se diría que cierta labor de unificación en el campo del financiamiento mediante efectos a cobrar sería tan deseable como factible. Las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos en lo relativo a la cesión de efectos a cobrar, y el hecho de que los Estados suelen exigir el cumplimiento de sus propios requisitos y formalidades para que la cesión pueda ser tenida por válida y surta efecto tanto frente al deudor como frente a terceros, pueden dar lugar a que una misma cesión sea válida en el Estado en donde fue concertada pero no surta efecto frente a un deudor residente en otro Estado. Además, las incertidumbres jurídicas resultantes de la falta de un régimen moderno apropiado para la cesión de efectos a cobrar puede restar utilidad práctica a la cesión en un contexto transfronterizo. Como resultado las partes pueden verse a menudo forzadas a prescindir en el comercio internacional de la financiación mediante efectos a cobrar, y a recurrir a otros medios potencialmente más caros de financiación como el sobre giro en cuenta, las cartas de crédito o las garantías a la exportación, o si no a garantizar los efectos a cobrar

mediante garantías bancarias o cartas de crédito, o a aceptar la cesión de los mismos a un valor notoriamente inferior a su valor nominal, por razón del elevado riesgo asumido por el cesionario, que tal vez no consiga cobrar parte o la totalidad de su valor.

5. El éxito de la labor reciente de unificación de ciertas técnicas de este sector puede verse como un indicio de viabilidad de la unificación del financiamiento mediante efectos a cobrar. Los convenios del UNIDROIT en materia de facturaje internacional (*factoring*) y de arriendo financiero internacional con opción de compra (*financial leasing*) (Ottawa, 1988) han sido ratificados por dos Estados y requieren una sola ratificación o adhesión para entrar en vigor. Además, algunos países en donde funciona el BERF están a punto de promulgar o de estudiar la eventualidad de promulgar normas legales basadas en una ley modelo preparada por el BERF sobre la cesión en garantía (“*secured transactions*”).

B. La cesión por venta o a título de garantía

6. Los efectos a cobrar pueden ser vendidos o dados en garantía, o, expresando lo mismo en términos comerciales, pueden ser cedidos para obtener ingresos (por medio de su venta) o para facilitar la obtención de un crédito (a título de garantía). Cabe definir la cesión por venta de efectos a cobrar como la operación por la que el cesionario adquiere la plena propiedad de los efectos cedidos, adelantándole todo o parte de su valor al cesionario. La cesión por venta puede o no comportar el derecho de reclamar el pago al propio cedente, es decir, puede o no comportar una garantía del cedente al cesionario contra la falta de pago de los deudores. Esa cesión se denomina en la práctica “descuento de facturas” o “descuento global” (véase el párrafo 8). En algunas circunstancias, se designa también como “facturaje” (véanse los párrafos 9 y 10). La cesión de efectos a cobrar a título de garantía es la operación por la que el cesionario adquiere un derecho real limitado sobre los efectos cedidos, en el sentido de que el cesionario podrá cobrarlos únicamente de incumplir el cedente alguna obligación con el cesionario fundada en la operación de crédito subyacente. Cabe señalar que, en algunos ordenamientos, el cesionario en una cesión efectuada a título de garantía adquiere un derecho real sobre los efectos, y tan sólo la operación subyacente podrá limitar ese derecho de ser una operación de crédito. Pese a que ambas formas de cesión suscitan en buena parte las mismas cuestiones, cabe señalar algunas diferencias. Por ejemplo, en el supuesto de incumplimiento por el cedente de la operación subyacente, de haberse efectuado la cesión por venta, el cesionario podrá guardarse cualquier excedente que le reporte el cobro de los efectos, mientras que en una cesión a título de garantía cualquier excedente deberá ser devuelto al cedente. Además, en la cesión a título de garantía, de cobrar del deudor el cesionario los efectos cedidos sin que el cedente haya incumplido la operación subyacente, el cesionario podrá ser acusado de incumplimiento de contrato.

7. Existen varios enfoques posibles para abordar en el contexto de un régimen uniforme la cesión de efectos a cobrar. Una posibilidad basada en el enfoque adoptado por algunos ordenamientos sería la de enunciar un régimen

³Fidelis Oditah, *Legal aspects of receivables financing* (Londres, Sweet & Maxwell, 1991), pág. 19.

genérico de la cesión dejando al derecho interno de la compraventa que regule los pormenores de la cesión por venta y al derecho interno de las operaciones de crédito que regule la cesión a título de garantía. La principal desventaja de este enfoque sería que no uniformaría una parte considerable del régimen de la cesión. Conforme al enfoque adoptado por otros ordenamientos, cabría configurar la cesión como una operación básicamente de venta. Si bien este enfoque no impediría que un Estado aplicara el régimen uniforme a la cesión efectuada a título de garantía, sí impediría reglamentar un sector importante del financiamiento mediante efectos a cobrar, sector al que también le convendría que se uniformara su régimen. Esa solución parcial ignoraría además que la mayoría de las cuestiones planteadas por la cesión por vía de venta y por vía de garantía son idénticas, y daría lugar a los inconvenientes de una dualidad de regímenes. Otra solución, adoptada por algunos ordenamientos y recomendada en el presente trabajo, sería reglamentar ambas formas de cesión en un único régimen. Esa solución reconocería el objetivo financiero de ambas formas de cesión. Cabe suponer que se habrían de excluir de este régimen las ventas de efectos a cobrar que no se hicieran para fines de financiamiento, por ejemplo, las ventas para cobro únicamente, las ventas en que el cesionario asuma las obligaciones del cedente fundadas en la operación inicial, las ventas de efectos individuales a cobrar a título de pago de deudas preexistentes y las ventas efectuadas como parte de la venta de un negocio. Si bien la mayoría de las cuestiones podrían ser reguladas por un régimen común aplicable a ambas formas de cesión, algunas cuestiones requerirían un régimen algo distinto, por ejemplo, la cuestión del incumplimiento del cedente.

8. En algunos ordenamientos, la cesión a título de garantía se conoce por el nombre de operación garantizada (*secured transaction*: en adelante denominada "cesión de garantía"), es decir, de operación por la que se crea un derecho real de garantía sobre los efectos a cobrar, en el sentido de un derecho del cesionario a cobrar los efectos de incumplir el cedente la operación subyacente. En esos ordenamientos, se considera como una cesión en garantía la propia cesión por vía de venta, con tal de que se haga para fines de financiamiento. Al mismo tiempo, en esos ordenamientos, las cesiones en garantía están sometidas a un mismo régimen global que rige todas las cesiones en garantía de efectos personales, así como de mercancías, equipo móvil, existencias, efectos a cobrar y activos intangibles en general. Cabe señalar que ese enfoque global será examinado por la Secretaría del UNIDROIT que ha sido autorizada por su Consejo de Administración en su 72a. reunión, celebrada en junio de 1993, a preparar un estudio sobre la viabilidad y conveniencia de elaborar un régimen modelo de la cesión en garantía⁴. En la preparación de ese estudio y en la preparación eventual de cualquier régimen en la materia sería de aconsejar una estrecha cooperación entre la Comisión y el UNIDROIT (véase también el párrafo 55 *infra*).

9. De concluir el estudio del UNIDROIT que ese enfoque global sería viable, se habría de dilucidar claramente la relación entre esa labor y el proyecto aquí sugerido respecto de las técnicas de financiamiento mediante efectos a cobrar,

y concretamente se habría de decidir sobre la conveniencia de que, de enunciarse en ese régimen del UNIDROIT disposiciones sobre el financiamiento mediante efectos a cobrar, esas disposiciones sean incorporadas a otro régimen legislativo modelo de alcance bastante más ambicioso; debería evitarse, al menos, toda incompatibilidad sustantiva eventual entre dos textos sobre operaciones que poseen características comunes. Cabe observar que el propio UNIDROIT tropezaría con esta misma situación de manera más aguda, dado que está siguiendo también este enfoque sectorial al preparar un proyecto de convenio sobre ciertos aspectos de las garantías reales en bienes de equipo móvil, en la inteligencia de que una delimitación estricta del ámbito de la labor uniformadora es una condición indispensable para el éxito de esa labor⁵.

C. La cesión sin aviso

10. La "cesión sin aviso" corresponde a un tipo de cesión en el que al deudor no se le notifica la cesión. Una razón importante para no notificarla es la posibilidad de que la cesión sea considerada como un indicio de debilidad financiera o de gestión del cedente. Al deudor se le daría únicamente aviso de la cesión en supuestos excepcionales, como sería la insolvencia del cedente, que obligaría tal vez al cesionario a reclamar al deudor el cobro de los efectos por vía judicial. La cesión sin aviso es inherentemente más arriesgada para el cesionario, ya que el deudor podría liberarse de su deuda pagando al cedente. Además de depender la prioridad entre varios cesionarios de la notificación de la cesión al deudor o de su inscripción en un registro, un cesionario ulterior que se adelante en dar aviso al deudor de la cesión o en inscribirla dispondría de un crédito prioritario. Como ejemplos de cesión sin aviso cabe citar las técnicas del "descuento global" y del "descuento de facturas". El "descuento global" supone una venta no notificada de efectos a cobrar por la que el cesionario retiene, además de una garantía en forma de una parte del valor nominal de los efectos, un descuento calculado en función del promedio del tiempo que requerirá para cobrar su dinero. El cesionario suele comprometerse a cobrar los efectos a título de mandatario del cedente y a garantizar el pago de los efectos por los deudores. El "descuento de facturas" supone la venta no notificada de efectos a cobrar por la que el cedente sigue encargado del cobro de los efectos como mandatario del gestor, que sería su mandante oculto⁶.

D. El facturaje

11. En la práctica se suele entender por facturaje (*"factoring"*) la venta de efectos a cobrar para fines de financiamiento y de otra índole. Ahora bien, el Convenio del UNIDROIT sobre facturaje internacional ("Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje") abarca tanto la cesión por vía de venta como a título de garantía. Para los fines del Convenio se entiende por facturaje "todo contrato concertado entre una de las partes (el proveedor) y la otra parte (la empresa de facturaje, en adelante denominada el cesionario)

⁴UNIDROIT 1992, Study LXXII—Doc. 5, párr. 6.

⁶Roy M. Goode, *Commercial law* (Harmondsworth, Penguin Books, 1982), pág. 856.

⁴UNIDROIT 1994, C.D. (73)8.

en virtud del cual: a) el proveedor podrá o deberá ceder al cesionario los efectos a cobrar por la venta de mercancías por el proveedor a sus clientes (deudores), que no sean mercancías compradas primordialmente para el consumo personal, familiar o doméstico; b) el cesionario deberá asumir al menos dos de las funciones siguientes: financiar al proveedor, especialmente mediante préstamos o pagos anticipados; llevar la contabilidad de los efectos a cobrar; cobrar los efectos; amparar contra la falta de pago de los deudores; c) deberá notificarse a los deudores la cesión de los efectos a cobrar” (art. 1). El Convenio precisa además que lo dispuesto respecto de las “mercancías” deberá entenderse asimismo respecto de los servicios (art. 1 3)) y que el Convenio será aplicable cuando se hayan de cobrar efectos que emanen de la compraventa internacional de mercancías (que el proveedor y el deudor tengan sus establecimientos en distintos países) y que los establecimientos del proveedor y del deudor, así como del cesionario, estén situados en Estados contratantes o que tanto el contrato de compraventa de mercancías como el contrato de facturaje se rijan por la ley de un Estado contratante (art. 2).

12. El Convenio regula así un número considerable de modalidades del facturaje, pero no todas, y remite cierto número de cuestiones que se suscitan en la esfera del facturaje al derecho interno aplicable (el título inicial del proyecto de Convenio, es decir, “proyecto de Convenio sobre determinados aspectos del facturaje internacional”, indicaba claramente que no se había previsto que su régimen fuera completo). En particular, el Convenio no regula el facturaje cuyo único objeto sea servir como técnica de financiamiento o que ofrezca algún servicio adicional a los enunciados en el artículo 1 del Convenio. El Convenio no regula la cesión de efectos a cobrar nacionales o de efectos a cobrar por operaciones de arriendo con opción de compra o de esa misma índole que sirvan para el suministro de equipo o instalaciones. Además, el Convenio no se aplica tampoco a las cesiones no notificadas, como el descuento global o el descuento de facturas. El Convenio tampoco regula ciertas cuestiones que se suscitan en la cesión de efectos a cobrar, especialmente las consecuencias que pueda tener la cesión sobre terceros.

E. El facturaje a tanto alzado

13. Cabe describir el facturaje a tanto alzado como la venta de efectos a cobrar documentarios, es decir de efectos a cobrar incorporados en títulos negociables tales como la letra de cambio, el pagaré, la carta de crédito o la garantía bancaria. Ahora bien, cabe utilizar también el término de “facturaje a tanto alzado” (“*forfaiting*”) para designar la venta de efectos a cobrar no documentarios que suele estar respaldada por una garantía bancaria o una carta de crédito. Trabajar por unificar el facturaje a tanto alzado de los efectos a cobrar documentarios pudiera no ser deseable ya que la cesión de los efectos documentarios ha sido ya objeto de un régimen legal uniforme (a saber, el Convenio estableciendo una ley uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden, de Ginebra) o de regímenes uniformes de carácter contractual (por ejemplo, la cesión del producto de la carta de crédito con arreglo a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios de la CCI y la cesión del producto de las garantías bancarias con

arreglo a las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación de la CCI), o es actualmente objeto de una tentativa en marcha de unificación (por ejemplo, el proyecto de Convención de la CNUDMI sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente). Cabe señalar, además, que las cuestiones suscitadas por la cesión de efectos a cobrar habrían de ser enfocadas de modo distinto de ser aplicable también a los efectos a cobrar documentarios. Por ejemplo, en la cesión de los efectos a cobrar documentarios sólo cabe oponer al cesionario excepciones fundadas en el propio documento que incorpore el efecto a cobrar considerado, y la prioridad entre diversos cesionarios estaría basada en la posesión legítima del documento. Ahora bien, la futura labor de unificación podría abarcar también el facturaje a tanto alzado de efectos a cobrar no documentarios.

F. Negociabilización

14. La posible labor futura de unificación podría abarcar la amplia gama de operaciones utilizadas para negociabilizar los efectos a cobrar (*securitization*), que puede suponer la cesión de efectos a cobrar, no por un mercader a una institución financiera sino por una institución financiera a otra. La negociabilización puede servir para diversos fines y abarcar una amplia gama de activos y si bien no parece haber ni una definición ni una práctica uniformes de esta técnica, cabe describirla como la transformación de activos no comercializados, como las hipotecas sobre viviendas, en activos comercializables, como títulos negociables o valores bursátiles. Una estructura general y básica de la negociabilización que puede conllevar la cesión de efectos a cobrar comerciales de una institución financiera a otra para fines de refinanciación puede ser descrita como sigue: en una primera etapa, la empresa o empresas que crearon un bloque independiente de activos financieros (“el iniciador”) podrá cederlos a otra empresa a cambio de acciones bursátiles o de dinero. En una segunda etapa, el cesionario inicial vuelve a ceder los activos a un fondo de inversión a cambio de dinero y de valores bursátiles, es decir, a cambio de acciones o de obligaciones del tipo que el fondo emita y venda a los inversionistas (“títulos respaldados por activos”). El cedente inicial podrá asumir la totalidad del riesgo por las pérdidas en que incurran esos activos y tal vez no disponga de ninguna acción contra el iniciador. El detentador de valores bursátiles emitidos por el fondo de inversiones tal vez tenga derecho a una distribución mensual de intereses conforme al tipo de interés que se haya indicado.

15. La negociabilización es una técnica financiera relativamente nueva que está difundiéndose en el ámbito internacional y que puede servir a diversos fines, como para mejorar la situación contable (por ejemplo, sustitución en el balance de situación de activos no metálicos por dinero en efectivo, mejora de la tasa de rentabilidad de los activos y de la *ratio* capital permanente-activo inmovilizado que podría mejorar la solvencia del iniciador ante sus acreedores), recaudación de capitales (mejor clasificación crediticia de los valores emitidos que la que posee el propio iniciador y menores costos financieros) y cumplimiento de alguna reglamentación (por ejemplo, cumplimiento de ciertos límites de crédito y del coeficiente legal de cobertura de riesgos del banco).

G. Financiamiento del propio proyecto

16. La labor de simplificación del financiamiento mediante efectos a cobrar puede ser de interés para el financiamiento de un proyecto cuyos ingresos futuros vayan a servir de garantía para recaudar fondos. Esta técnica financiera suele requerir una estructura bien compensada de diversas operaciones, de las que una sería la cesión de efectos a cobrar, y es muy frecuente en proyectos relacionados con la explotación de recursos naturales, o en proyectos de infraestructura, como la construcción de centrales de energía, puentes, autopistas y otras instalaciones similares. Esta forma de financiar proyectos está suscitando al parecer un interés creciente, en particular en países en desarrollo y en países cuyas economías se encuentran en transición.

H. Efectos a cobrar comerciales o efectos a cobrar del consumidor

17. Cabría restringir la futura labor a las operaciones comerciales o hacerla extensiva también a las operaciones con el consumidor. Una razón para excluir las operaciones con el consumidor es que la legislación protectora del consumidor suele regirse por criterios de política social que los Estados desean decidir por sí mismos y que son, por ello, difíciles de unificar. Otra razón sería la de que, al menos de momento, el volumen de las operaciones con consumidores catalogables como internacionales tal vez no justifique su examen. Quizá sea, por ello, preferible limitar el alcance de la futura labor tan sólo a los efectos a cobrar comerciales. Ahora bien, la noción de efectos a cobrar "comerciales" o "mercantiles" pudiera plantear dificultades por no existir en algunos ordenamientos un derecho mercantil concebido como rama independiente del derecho. En otros ordenamientos, se define la noción de "mercantil" en razón ya sea de la índole de la operación o ya sea de la condición de las partes como "comerciantes". Cabe señalar que, al igual que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje está centrado sobre las operaciones mercantiles, con exclusión de toda operación que sea para fines "personales, familiares o domésticos".

I. Efectos a cobrar internos o internacionales

18. Otra cuestión importante para determinar el ámbito de la labor sería la de decidir si el régimen uniforme eventualmente aprobado debe ser aplicable únicamente a los efectos a cobrar derivados de operaciones internacionales o también a los que resulten de operaciones internas. El criterio a utilizar en las convenciones más modernas, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y el Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje, ha sido el de determinar la internacionalidad de una operación en función únicamente del lugar donde esté situado el establecimiento de las partes que intervienen en la operación. Se estima preferible ese criterio por su sencillez y para maximizar el alcance de la labor⁷. Cabría aducir en favor de que

el futuro régimen sea aplicable a los efectos a cobrar tanto internos como internacionales que la necesidad de una mayor certeza jurídica se da en el comercio tanto interno como internacional. Además, la coexistencia de una dualidad de regímenes, uno nacional para los efectos a cobrar internos y otro uniforme para los efectos a cobrar internacionales, pudiera crear obstáculos al comercio al ampliar la diversidad existente de regímenes aplicables. Por el contrario, limitar el alcance de la labor eventual a los efectos a cobrar internacionales correspondería a la finalidad propuesta, que no es sino la de facilitar el comercio internacional, y cabe prever que los Estados se muestren reacios a aceptar que se modifique su régimen interno de la cesión para las operaciones puramente internas. Además, la instauración de un régimen aplicable a las operaciones internacionales puede contribuir a unificar los regímenes aplicables a las operaciones internas, ya que cada Estado podría optar libremente por extender ese régimen a sus operaciones internas. Por todo ello, tal vez lo más indicado sea limitar el alcance de la labor eventual a los efectos a cobrar internacionales.

19. Ahora bien, no estaría justificado limitar aún más el alcance de la futura labor restringiéndola a la cesión internacional de efectos a cobrar internacionales únicamente (es decir, a supuestos en los que los establecimientos del cedente y del deudor estén situados en distintos Estados). Esa limitación excluiría del ámbito del nuevo régimen la gran mayoría de las cesiones, que suelen ser internas. Además, el problema crucial de la eventual imposibilidad de hacer ejecutar un efecto a cobrar internacional surgiría con independencia de que la cesión sea interna o internacional, y, de limitarse la futura labor a la cesión internacional, habría dos regímenes jurídicos aplicables a la cesión, uno para las cesiones internas y otro para las internacionales. Cabe señalar que el Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje se aplica al facturaje tanto interno como internacional de efectos a cobrar internacionales.

II. POSIBLES CUESTIONES

A. Transferibilidad de los efectos a cobrar

20. En general, cabe decir que todo efecto a cobrar es transferible de no estar prohibida su cesión por acuerdo, por ley o por consideraciones de orden público. Las prohibiciones legales contra la cesión de efectos a cobrar, tales como la prohibición de ceder el salario, no serán examinadas en el presente informe; no sería ni viable ni conveniente preparar un régimen uniforme que previera todas las prohibiciones legales posibles. Ahora bien, se examinarán, por razón de su importancia práctica, las prohibiciones por razones de orden público y por acuerdo (véanse los párrafos 21 a 25).

1. Cláusula de intransferibilidad

21. Las partes incluyen a menudo en sus contratos una cláusula por la que se impide al acreedor que transfiera los derechos que resulten del contrato. El reconocimiento judicial de esas cláusulas varía de unos ordenamientos a otros.

⁷Roy M. Goode, "Reflections on the harmonization of law", *Uniform Law Review*, vol. I (1991), pág. 64.

La cesión efectuada en contra de lo estipulado en una de esas cláusulas será en algunos ordenamientos válida frente a todos, en otros válida únicamente entre el acreedor inicial (cedente) y el cesionario, y en otros inválida.

22. Un enfoque que habría que adoptar en un texto uniforme sería el de considerar que la cesión concluida en violación de una cláusula de intransferibilidad sería únicamente válida de cumplirse ciertos requisitos. Ese enfoque tendría la ventaja de proteger al deudor contra ciertos efectos adversos que podría ocasionar el cambio de acreedor, entre los que cabe citar: la dificultad de mantenerse al corriente de una o más cesiones; el riesgo de que el deudor no preste atención al aviso de una cesión y haya de pagar por segunda vez; y el riesgo de que el deudor no pueda oponer al cesionario alguna excepción, que haya surgido antes o que surja después de serle notificada la cesión. Un requisito a considerar sería el de que, dentro de un cierto plazo, el deudor no haya objetado contra la cesión concertada en violación de una cláusula de intransferibilidad, o haya consentido en ella. Ahora bien, sería difícil convenir en un método para calcular ese plazo. Además, ese requisito facultaría al deudor para decidir cuál de dos o más cesionarios tendría prioridad mediante el procedimiento de consentir en una cesión y de oponerse a otra. Ésa no suele ser la finalidad de la cláusula de intransferibilidad, que suele concertarse para proteger los intereses del deudor y no para que éste sea el que determine quién ha de reclamarle la deuda. Otro requisito sería que el acreedor inicial (cedente) haya aceptado expresamente por escrito la cláusula de intransferibilidad. Ahora bien, esto resultaría inviable en la práctica del financiamiento mediante efectos a cobrar ya que el cesionario tendría que verificar cuidadosamente cada una de las operaciones iniciales para cerciorarse de que el cedente no ha aceptado expresamente ninguna cláusula de intransferibilidad.

23. Otro enfoque consistiría en disponer, como lo hace el Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje, que la cesión será válida aun cuando el cedente y el deudor la hayan prohibido en su contrato. Esa regla facilitaría la práctica del financiamiento mediante efectos a cobrar, que se beneficiaría de una transferibilidad pura y simple de los efectos a cobrar. Además, cabría considerar que los deudores no necesitan la protección adicional que pueda darles una cláusula de intransferibilidad, ya que nada suele obstaculizar que el deudor oponga al cesionario todas las excepciones de que disponga, y haga valer incluso el derecho que pueda tener a compensar un pago. Si bien el mantenerse al corriente de las cesiones y evitar algún error eventual de secretaría o contabilidad puede ocasionar gastos al deudor, cabría considerar esos gastos como parte del costo normal de llevar un negocio. Cabe señalar que a fin de acomodar las necesidades de Estados que tengan una fuerte tradición de respetar las cláusulas de intransferibilidad, el artículo 6 del Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje lleva incorporada una salvedad a esa regla. Ese artículo permite que los Estados declaren que toda cesión contraria a una cláusula de intransferibilidad no tendrá validez alguna contra el deudor si, en el momento de concertarse la operación inicial, el deudor tenía su establecimiento en el Estado que hace esa declaración.

2. La cesión global

24. En algunos ordenamientos, la cesión global de efectos a cobrar futuros se considera inválida como contraria al orden público, sobre todo de no haberse concertado aún, en el momento de la cesión, los contratos que vayan a dar lugar a los futuros efectos a cobrar. En esos ordenamientos, los tribunales tratan de eliminar obstáculos al reconocimiento del financiamiento mediante efectos a cobrar reconociendo la validez de la cesión global de futuros efectos a cobrar con tal de que esos efectos sean, en el momento en que adquieran existencia, "determinados" o "determinables" en sus pormenores básicos (por ejemplo, la cuantía a pagar y la identidad del deudor)⁸.

25. Un posible enfoque, adoptado en el artículo 5 del Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje, sería disponer que la cesión global de todas las reclamaciones de pago presentes y futuras será válida únicamente entre el cedente y el cesionario, remitiendo la cuestión de su validez frente a terceros al derecho nacional aplicable. Esa regla tendría el inconveniente de que una misma cesión global sería válida entre las partes en la cesión e inválida frente al deudor y frente a terceros. Como resultado, el deudor podría alegar que la cesión no era válida frente a él y liberarse de su deuda pagando al cedente. Por igual motivo de ser la cesión válida únicamente entre el cedente y el cesionario, los acreedores del cedente podrían reclamar el embargo de los efectos a cobrar basándose en que la cesión era inválida frente a ellos de modo que el cesionario perdería de hecho esos efectos a cobrar. Otro posible criterio, muy difundido en el derecho interno, sería reconocer en principio la validez de la cesión global de futuros efectos a cobrar. Con ello se facilita el financiamiento mediante efectos a cobrar. Los intereses del deudor quedarían protegidos, al no estar el deudor obligado a pagar al cesionario hasta haber recibido aviso de la cesión (respecto de los intereses de terceros, véanse los párrafos 36 a 42).

B. Requisitos de forma

26. Los requisitos de forma varían mucho de un ordenamiento a otro. En algunos ordenamientos, la cesión habrá de hacerse por escrito mientras que en otros se reconoce la validez de las cesiones puramente verbales. Como resultado, la misma cesión sería válida en un país e inválida en otro. Otro problema consiste en que en un mismo país puede ser difícil cerciorarse de los requisitos de forma para determinada cesión, ya que los requisitos pueden ser diversos para cada tipo de cesión (por ejemplo, para la cesión por venta y para la cesión a título de garantía).

27. Parece ser que la exigencia de un "escrito" entendida con la debida amplitud, constituiría un requisito de forma apropiado, ya que, incluso en aquellos ordenamientos en los que se admite la cesión verbal, las partes tienden a consignar la cesión por escrito. Tal vez no haga falta ningún otro requisito de forma para la validez de la cesión entre las partes que la concierten, pero convendría exigir

⁸Hein Kötz, "Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries and Assignment", en *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1992) vol. VII, cap. 13, párr. 82.

que se dé aviso de la misma al deudor. Ahora bien, imponer ese requisito pudiera crear obstáculos para la cesión, y en particular para la cesión sin aviso, sin proporcionarle ninguna protección adicional al deudor, ya que en cualquier caso, el deudor podrá denegar su pago al cesionario de no habersele dado aviso o de no tener conocimiento de la cesión.

C. Validez de la cesión entre el cedente y el cesionario

28. La validez de una cesión entre el cedente y el cesionario se regirá normalmente por su contrato de cesión, mientras que frente al deudor estará supeditada a los términos de la operación inicial. En la práctica, las partes en una operación de financiamiento mediante efectos a cobrar tienden a precisar con sumo detalle sus derechos y obligaciones. Además, conforme a los principios generales de derecho contractual el cedente y el cesionario deberán abstenerse de toda medida que pudiera anular o poner en peligro la finalidad de la cesión. De no haberse pormenorizado lo bastante el acuerdo, el asunto sería resuelto conforme al régimen legal aplicable. Ese régimen suele determinar hasta qué punto el cedente deberá responder de la existencia y exigibilidad de los efectos a cobrar y de la solvencia del deudor. Parecen ser escasas las diferencias entre los ordenamientos jurídicos a este respecto. Por lo general, se considera que el cedente que perciba un precio por los efectos a cobrar garantiza su existencia. Esa garantía no existiría de haber adquirido el cesionario los efectos a cobrar sin abonar un precio por ellos, de no haber dado el cedente una garantía explícita. Por lo demás, el cedente no acostumbra a garantizar la solvencia del deudor, de no haberse estipulado expresamente otra cosa.

D. Validez de la cesión frente al deudor

29. La finalidad primaria del eventual régimen de la cesión sería la de equilibrar, la necesidad, por una parte, de permitir que las partes movilicen sus efectos a cobrar para financiar sus operaciones con la necesidad, por otra, de asegurar que la posición jurídica del deudor, que no es parte en la cesión, no se vea adversamente afectada por el cambio de acreedor. A este respecto, se plantean dos cuestiones básicas, las condiciones que habrán de cumplirse para que la cesión sea válida frente al deudor y las excepciones que el deudor podrá oponer frente al cesionario.

30. Aun cuando una cesión sea válida y vinculante para el cedente y el cesionario, no surtirá efecto frente al deudor de no cumplirse una condición adicional. Si bien la obligación del deudor de pagar al cesionario dependerá de que tenga noticia de la cesión, los ordenamientos jurídicos difieren entre sí sobre si se debe dar aviso al deudor o si cabe considerar que algún otro acto le ha dado conocimiento de la cesión. Además, los propios ordenamientos jurídicos que exigen que se dé aviso difieren entre sí sobre las consecuencias que pueda tener para el deudor el que tenga conocimiento de la cesión sin habersele dado aviso de la misma.

31. El requisito de una notificación plena por escrito protegería al deudor de toda ambigüedad que pudiera haber

de no darse aviso, por ejemplo, cuando el deudor ha tenido noticia de la cesión pero carece de datos sobre la identidad del cesionario o sobre el importe exacto de los efectos a cobrar cedidos. Cabe preguntar respecto de la notificación escrita: si podrá hacerse por medios modernos de comunicación, como el fax o la comunicación electrónica de datos; cuál será su contenido mínimo, por ejemplo, datos suficientes sobre los efectos a cobrar cedidos y el cesionario; qué parte dará aviso, el cedente o el cesionario, de haber autorizado al cedente al cesionario para dar aviso; momento de validez del aviso, es decir, al ser expedido, a su recepción o al ser leído por el deudor. Debería además decidirse si el deudor, que no haya recibido el aviso formal de la cesión pero tenga conocimiento de ella, quedará liberado de su deuda pagando al cedente.

32. Los ordenamientos jurídicos difieren respecto de las excepciones que el deudor podrá oponer frente al cesionario. En algunos ordenamientos se permite que el deudor oponga frente al cesionario cualquier excepción fundada en el contrato del que dimana el efecto a cobrar cedido, con independencia de que el motivo en que se funde esa excepción sea anterior o posterior a la notificación de la cesión. En otros ordenamientos el deudor podrá incluso oponer excepciones fundadas en algún otro contrato entre deudor y el cedente, de ser éstas oponibles antes de que se diera aviso al deudor de la cesión, pero cualquiera que sea el momento en que los efectos pasen a ser cobrables. Mientras que en otros ordenamientos esa permisión de oponer excepciones fundadas en algún otro contrato entre deudor y el cedente dependerá de que correspondan a reclamaciones exigibles en el momento de darse el aviso y en el momento en que pasen a ser cobrables los efectos cedidos. Por último, en algunos ordenamientos, se sigue un enfoque más liberal porque se permite que se opongan esas excepciones con independencia del momento en que se haya dado aviso o del momento en que pasaron a ser cobrables los efectos cedidos.

33. Los ordenamientos jurídicos difieren respecto de dos otras importantes cuestiones relacionadas con las excepciones del deudor frente al cesionario que reclame el pago de los efectos a cobrar cedidos: el tipo de prueba que el deudor podrá exigir, de dudarse de que la cesión tuvo lugar, y si el cesionario habrá de devolver al deudor alguna suma percibida, de no haber cumplido el cedente sus obligaciones para con el deudor con arreglo a la operación inicial. Respecto de la primera cuestión, conforme a algunos ordenamientos, el deudor está facultado para exigir una prueba "razonable", criterio que tiene la ventaja de que "razonable" es un término bien conocido que, incluso en ordenamientos en los que no ha sido admitido como tecnicismo jurídico, no ocasiona problemas en la práctica. Un posible inconveniente de este enfoque está en que el término "razonable" no daría certidumbre y pronosticabilidad, dado que su significado depende de las circunstancias en que se haya concertado la cesión. Otra solución sería la de exigir una prueba escrita, a fin de aumentar la certidumbre y pronosticabilidad. Respecto de la segunda cuestión, el artículo 10 del Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje dispone que el cesionario no estará obligado a devolver ningún anticipo que el deudor haya efectuado, de no mediar enriquecimiento injusto o mala fe por parte del cesionario. Podría mediar enriquecimiento injusto de haber recibido el

cesionario el pago del deudor sin haber pagado por su parte al cedente en el momento en que el deudor reclame la devolución de los anticipos pagados. El cesionario podría haber obrado de mala fe si, por ejemplo, paga al cedente por los efectos a cobrar cedidos, a sabiendas de que el cedente no ha cumplido sus obligaciones con el deudor a tenor de la operación inicial.

34. Se podrían presentar algunas otras cuestiones, respecto de las cuales ni sería viable ni necesario buscar la unificación, entre las que cabe citar la posibilidad de que el deudor pueda oponer excepciones fundadas en alguna operación aparte entre el deudor y el cesionario o entre el deudor y otros cedentes que hayan cedido sus efectos a cobrar a ese mismo cesionario; así como de haber habido cesiones subsiguientes, la posibilidad de que el deudor pueda oponer al último cesionario que reclame el pago alguna excepción que hubiera podido oponer a un cesionario anterior.

35. Las excepciones oponibles por el deudor frente al cesionario serán fuentes de incertidumbre para el cobro de los efectos por el cesionario. Por esa razón, en la práctica se introducen con frecuencia cláusulas de renuncia a las excepciones en el texto del contrato de la operación inicial. En la mayoría de los ordenamientos esas cláusulas de renuncia a las excepciones convenidas al concluirse el contrato inicial suelen ser válidas para las operaciones comerciales pero no necesariamente para las efectuadas con consumidores⁹. Algunos ordenamientos reconocen las cláusulas de renuncia a las excepciones convenidas entre el deudor y el cesionario una vez que se haya dado aviso al deudor de la cesión, con tal de que se refieran a excepciones que el deudor sabía o debería saber en el momento de renunciar a ellas que podrían ser invocadas por él. En otros ordenamientos, la aceptación por el deudor de la cesión, ya sea verbal o por escrito, podrá ser interpretada como una renuncia de alguna o de todas las excepciones que pudiera haber opuesto al cesionario con tal de que sea evidente sin lugar a duda que el deudor, al aceptar la cesión, tenía la intención de renunciar a sus excepciones.

E. Validez de la cesión frente a terceros: prioridades

36. Al ser considerada la cesión, en la mayoría de los ordenamientos, como un contrato entre el cedente y cesionario, como tal contrato surte efecto entre las partes. Ahora bien, la cesión implica también la transferencia de bienes, y como tal puede surtir algún efecto frente a terceros, como sería frente a otros cesionarios contrapuestos, frente a los acreedores del cedente o frente al síndico de la quiebra del cedente. Los ordenamientos difieren entre sí sobre si los efectos de la cesión frente a terceros dimanen de la propia cesión o de algún acto adicional, como sería la notificación al deudor o la inscripción de la cesión en un registro. Una cuestión conexa es la del orden de prioridad entre varios acreedores que invoquen algún derecho sobre unos mismos efectos a cobrar. La cuestión de la prioridad se plantea principalmente cuando los efectos a cobrar cedidos sean el principal activo que le quede al cedente, como sería en

casos de insolvencia, ya que de lo contrario el cedente tendría otros activos con que pagar a sus acreedores. Podrían darse conflictos de prioridad en los supuestos siguientes: entre varios cesionarios, por multiplicidad de cesiones de unos mismos efectos por fraude o descuido del cedente; entre el cesionario y el síndico de la quiebra, que trate, por ejemplo, de invalidar la cesión a título de operación en fraude de acreedores; entre el cesionario y la administración pública como acreedor fiscal del cedente. Todo conflicto de prioridad con un síndico de la quiebra o con la administración pública involucraría consideraciones sociales, económicas y políticas, por lo que más vale remitirla al derecho nacional aplicable o aplazarla para cuando se examine la posible unificación del régimen de las insolvencias transfronterizas. Este informe se limitará a examinar el conflicto de prioridad entre los derechos de diversos cesionarios y entre el cesionario y los acreedores del cedente.

37. Si bien la cuestión de la validez frente a terceros y la cuestión conexa de la prioridad de derechos son importantes en el contexto de ciertas formas de cesión, tal vez su importancia no sea tan crucial en el contexto de otras formas de cesión, como por ejemplo en la negociabilización, en la que el riesgo de insolvencia del cedente sería menor por soler ser el cedente una institución financiera; en el facturaje a tanto alzado, en el que los efectos a cobrar suelen estar respaldados por una garantía bancaria o por una carta de crédito contingente, por lo que, en caso de insolvencia del cedente, es probable que el cesionario sea reembolsado con el producto de la garantía bancaria o de la carta de crédito; y en el financiamiento de un proyecto, en el que es probable que el cesionario obtenga del proyecto financiado cierto número de títulos o garantías además del futuro producto del cobro de los efectos.

38. Otra solución, adoptada en algunos ordenamientos, es la de dar prioridad al primer cesionario en razón de que tan pronto como el cedente haya cedido los efectos a cobrar esos efectos no le pertenecen y no podrá por ello cederlos por segunda vez. Conforme a este criterio, los acreedores del cedente no podrán embargar los efectos a cobrar, dado que, desde el momento de la cesión en adelante, esos efectos no pertenecen ya al cedente. Otra solución similar, adoptada recientemente en un país para facilitar la cesión de efectos a cobrar comerciales en el contexto de operaciones financieras, es la de dar prioridad al cesionario que esté en posesión de un documento firmado por el cedente, con arreglo a la fecha consignada en ese documento, que contenga una lista de los efectos a cobrar (artículo 4 de la llamada *loi Dailly*). Este criterio tiene la ventaja de su simplicidad y de la certeza jurídica que da, ya que en ningún caso podría prevalecer un cesionario subsiguiente. El inconveniente de este enfoque sería, no obstante, que no protege en absoluto ni a los cesionarios subsiguientes ni a los acreedores del cedente, que pudieran haber otorgado crédito al cedente fiándose de sus efectos a cobrar como garantía y que no dispondrían de ningún medio para cerciorarse de que esos efectos a cobrar no han sido previamente cedidos.

39. Otro criterio sería el de dar prioridad al primero de los cesionarios que haya notificado al deudor. En caso de embargo de los efectos cedidos por los acreedores del cedente, el derecho del cesionario prevalecería de haber

⁹*Ibid.*, párr. 99.

notificado al deudor previamente de la cesión. Cabría argüir en favor de este criterio que puesto que el dominio sobre los bienes muebles sólo se adquiere al tomar el cesionario posesión de los mismos, la titularidad de los efectos a cobrar sólo se transferiría al dar noticia al deudor de la cesión, lo que cabe considerar como el equivalente más próximo de la toma de posesión. Esta regla ofrece cierta protección a algunos terceros, como sería el caso de los eventuales acreedores del cedente, ya que les sería posible averiguar si el deudor ha recibido aviso de alguna cesión anterior antes de otorgar crédito al cedente. Sin embargo, la aplicación de esta regla resultaría poco práctica en el financiamiento mediante efectos a cobrar, en el que los terceros habrían quizá de ponerse en contacto con un gran número de deudores destinatarios de diversos avisos. Además, no cabría obligar a los deudores a informar a los acreedores o exigirles responsabilidad por la inexactitud o la falsedad de su información.

40. Otra solución sería la de dar prioridad al primer cesionario que haga inscribir su cesión en un registro público, en cuyo caso, de ser embargados los efectos a cobrar, prevalecería el derecho del cesionario si la fecha de su inscripción es anterior a la fecha del embargo (en los párrafos 43 a 51 se examina este tema de la inscripción en un registro). Otro enfoque basado en otro tipo de inscripción sería el de dar prioridad al cesionario que haga inscribir su cesión en los libros de comercio del cedente. Este sistema tiene, sin embargo, algunos inconvenientes, ya que pudiera no inspirar confianza al haberse de basar en la presunción de que el cedente anotaría como es debido en sus libros todas las cesiones. De no llevar el cedente sus libros al día, quizá anote primero una cesión posterior o cometa algún otro error de inscripción que haga perder al primer cesionario su prioridad, sin que éste pueda repetir contra el cedente de incurrir éste en insolvencia. Cabría amainar los inconvenientes de este sistema exigiendo que el cedente presente sus libros al cesionario para que el cesionario compruebe la inscripción que haya hecho el cedente o la haga él mismo. Ahora bien, la utilidad de este sistema sería dudosa en vista de su dificultad y del costo y tiempo que harían falta para inscribir ciertas cesiones globales y para obtener acceso a la información así consignada.

41. De no poderse dar una solución legal sustantiva al problema de las prioridades, cabría resolver este problema por la vía del derecho internacional privado, designando, por ejemplo, la ley del Estado donde el cedente tenga su establecimiento como ley aplicable a la validez de la cesión frente a terceros y a la cuestión conexas de la prioridad de los créditos. Este enfoque ofrece ciertas ventajas. Señala un solo punto de referencia para la cesión global en el marco del financiamiento mediante efectos a cobrar, aun cuando los deudores residan en diversos países. Además, la ley del lugar donde esté situado el establecimiento del deudor será determinable en el momento de efectuarse la cesión aun cuando las deudas a cobrar no existan aún. Además, la selección de esta ley parece idónea en el supuesto de que haya de inscribirse la cesión en un registro, dado que el cesionario eventual se informará probablemente de si el cedente ha asignado ya sus efectos a cobrar en el lugar donde éste tenga su establecimiento. Una posible dificultad con este enfoque radica en que pudiera no ser fácil precisar

el establecimiento, por ejemplo, de ser el cedente una empresa domiciliada en determinada plaza pero que funcione además en otras. Otra posible dificultad podría ser que el conflicto de prioridades sea configurado como un conflicto contractual, un cuasidelito, o un problema de derechos reales, de derecho de la quiebra o de derecho procesal, lo que complicaría sin duda la formulación de una regla de derecho internacional privado aceptable para todos.

42. Otra solución posible sería la de formular una regla que combine criterios de derecho sustantivo con criterios de derecho internacional privado por la que se dispusiera que será prioritario el derecho del primer cesionario en cuanto tal, del primer cesionario que haya notificado al deudor, o del primer cesionario que haga inscribir su cesión en un registro público, según cuál sea el criterio adoptado en el derecho interno del Estado en donde el cedente tenga su establecimiento. Esta solución tendría la desventaja de la diversidad de sus resultados pero reforzaría, en cierto grado, la certidumbre jurídica y sería aceptable por no alterar el criterio de prioridad existente en cada lugar.

F. Inscripción en un registro

43. Cabe describir la inscripción de la cesión como el proceso de anotar datos de la cesión en un registro administrado por una autoridad pública para dar fe de la titularidad adquirida sobre los efectos, notificar la cesión a los terceros interesados o determinar la prioridad del título. Algunos países conocen ya la práctica de inscribir la cesión y otras operaciones similares en un registro, mientras que en otros se está estudiando su adopción en el seno de comisiones de reforma legislativa que tienen encomendada la tarea de modernizar el derecho de las operaciones aseguradas, o se está sugiriendo esta práctica como solución eventual del problema de las prioridades¹⁰. En aquellos países en los que no se practica la inscripción en un registro de la cesión o de otras operaciones similares, la noción en sí no es desconocida, ya que otros tipos de operaciones o de derechos sí han de ser inscritos en un registro, por ejemplo, las operaciones garantizadas con bienes raíces y las operaciones sobre titularidad de las naves, aeronaves, patentes, marcas registradas y los derechos de autor. Debe observarse que la inscripción en un registro se practica igualmente en el ámbito internacional. Por ejemplo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) actúa como registro internacional de diseños y marcas comerciales. La OMPI actúa también como banco centralizado internacional de datos sobre patentes, que da acceso a los usuarios internacionales a los datos inscritos en los registros nacionales. El Grupo de Estudio del UNIDROIT encargado de preparar un régimen uniforme sobre determinados aspectos internacionales de las garantías reales sobre bienes de equipo móvil ha reconocido también la utilidad de esta práctica registrada en el ámbito internacional¹¹.

¹⁰John Dulle, *A National Register of Personal Property Securities* (Australian Law Reform Commission, Personal Property Securities Research Paper 1); Lane H. Blumenfeld, "A hole in the bucket. The unavailability of financial credit due to the lack of a registry in Russian collateral law", *Law in Transition*, Winter/Spring 1994, pág. 14.

¹¹Véase UNIDROIT 1993, Study LXXII—Doc. 7, párr. 11.

44. La disponibilidad de un registro tiene importancia no sólo para la cesión de efectos a cobrar sino también para otros temas eventuales de la labor futura de la CNUDMI. La inscripción y transferencia de derechos en el ámbito internacional es una cuestión importante para la negociabilidad de los derechos sobre mercaderías. El Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos aprobó en su 27.º período de sesiones (Nueva York, 28 de febrero a 11 de marzo de 1994) una recomendación para la Comisión de que autorizara al Grupo de Trabajo a iniciar una labor preparatoria preliminar sobre la negociabilidad de derechos sobre mercaderías tan pronto como hubiera completado la preparación de un régimen legal modelo sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos y otros medios conexos de comunicación de datos¹². Cabe también señalar que la inscripción en un registro de valores no incorporados en un título, es decir, de valores carentes de forma tangible, es una cuestión importante que será abordada en una nota preliminar sobre su labor futura que la Secretaría tiene previsto presentar a la Comisión en algún período futuro de sesiones. Muchas de las cuestiones jurídicas que se plantean respecto de la inscripción de derechos en un registro en esas diversas esferas pudieran ser idénticas, con independencia de que el derecho transferido sea sobre mercancías, efectos a cobrar, o valores, aun cuando algunas cuestiones difieran según que los derechos inscritos sean sobre mercancías, efectos a cobrar o valores.

45. Se diría que una solución basada en la inscripción protegería los intereses de terceros y proporcionaría un criterio objetivo para resolver eventuales conflictos de prioridades. Además, la inscripción no sería una operación excesivamente costosa o lenta ya que se podría efectuar en un registro informático accesible mediante sistemas modernos de comunicación. Respecto del derecho a la intimidad del cedente, que desee salvaguardar su imagen en el mercado, cabe observar que siempre habría alguna forma de sólo dar acceso a la información a personas frente a las cuales la inscripción pudiera surtir algún efecto y de darse ciertas condiciones (véase el párrafo 48). Cabe además observar, en este contexto, que en muchos ordenamientos los bancos centrales o los bancos comerciales y otras instituciones están ya recogiendo datos financieros de las empresas, tales como activos, gravámenes sobre los activos, reembolso de préstamos, impagos y cheques desatendidos, para tenerlos a disposición de las instituciones financieras mediante sistemas de telecomunicación nacionales o internacionales. Respecto de la preocupación de que un requisito aun restringido de publicidad invada indebidamente la intimidad del cedente, cabe observar que el impacto posiblemente negativo de un registro público sobre la intimidad del cedente estaría contrarrestado por una mayor facilidad para obtener crédito mediante efectos a cobrar en una cuantía más cercana a su valor nominal.

46. La inscripción podría efectuarse en un registro internacional o en un registro central nacional accesible a través de un banco de datos internacional centralizado. Un registro internacional facilitaría tanto la inscripción como el acceso a la información registrada, pero ese registro internacional requeriría como marco un régimen uniforme que es muy probable que habría de concertarse en forma de una

convención. Cabría aliviar, al menos en parte, la inquietud por el costo de establecer y llevar un registro internacional encomendando esta función a algún organismo de las Naciones Unidas, aprovechando así los servicios de que disponga y la universalidad de las Naciones Unidas para dar a todo el mundo acceso al registro. Con ello no se facilitaría tal vez la inscripción a los acreedores internacionales, pero sí se les facilitaría el acceso a la información registrada. Dar acceso a través de un banco internacional de datos centralizado a los registros centrales nacionales tendría la ventaja de que su puesta en práctica podría resultar más fácil y menos costosa, ya que aprovecharía los registros y las bases de datos nacionales ya existentes, que, con algunas modificaciones, podrían ser integrados en un nuevo sistema de registro. Ahora bien, ese sistema de registro no daría, en parte, resultados uniformes; las inscripciones en el registro y sus efectos frente a terceros quedarían supeditados al derecho interno, mientras que el acceso a la información registrada se regiría por una convención o una ley modelo. Respecto de la conveniencia de establecer un registro o un banco internacional de datos centralizado, cabe referirse a la experiencia de la OMPI como registro internacional de marcas comerciales y como banco internacional centralizado de datos sobre patentes (véase el párrafo 43).

47. La inscripción plantea cuestiones como la de su validez jurídica, la autenticación del documento que vaya a ser inscrito, la responsabilidad de la autoridad registral por omisión de algún trámite de autenticación o por errores en el documento emitido a solicitud de alguna parte interesada, el valor probatorio de ese documento, y la inscripción de la eventual declaración de liberación del cedente de ser la cesión a título de garantía.

48. La inscripción puede tener diversos efectos jurídicos, entre ellos: prueba de titularidad o de algún otro derecho sobre los efectos a cobrar; notificación a terceros de la cesión, y determinación de la prioridad entre los derechos contrapuestos de los reclamantes. Una cuestión que habría de dilucidarse es la validez de su efecto notificador frente a cualquier tercero o frente a ciertas categorías únicamente, por ejemplo, frente a aquellos que sea razonable prever que vayan a consultar el registro. Por ejemplo, cabe prever que una institución financiera que, en el curso normal de sus negocios, vaya a dar un crédito respaldado por efectos a cobrar se informe en el registro de su situación. Ahora bien, para medianos o pequeños proveedores a crédito de ciertos materiales, que retienen la titularidad de los materiales en tanto que éstos no hayan sido plenamente pagados y que, a título de cesionarios, obtienen derechos sobre los efectos a cobrar por la reventa del producto final, tal vez no resulte práctico acudir al registro para informarse. Otra cuestión que habrá de resolverse de funcionar el registro como un sistema para la asignación de prioridades es la de si se dará prioridad al cesionario que inscriba su cesión sobre aquellos que no hayan cumplido este trámite o que lo cumplan posteriormente y sobre los acreedores del cedente que intenten embargar los efectos a cobrar cedidos una vez inscritos. De adoptarse esta regla, se habrían de hacer algunas excepciones.

49. Sería preciso autenticar el documento que se vaya a presentar al registro, ya sea en su totalidad o en forma

¹²A/CN.9/390, párrs. 154 a 158.

resumida. La autenticación habría de confirmar, en particular, si el cedente y el cesionario mencionados en el documento son efectivamente las partes en la cesión y si aprueban el contenido del documento presentado. La autenticación plantea el problema del método que la dirección del registro deberá seguir, por ejemplo, un método convenido al efecto y, en ausencia de un acuerdo, un método razonable o cualquier método de autenticación. Otra cuestión conexas sería la responsabilidad de la dirección del registro por no haber seguido algún método de autenticación con el resultado de que se haya inscrito información inexacta o falsa, ocasionando con ello un perjuicio a las partes, sin olvidar tampoco la responsabilidad de las partes facultadas para inscribir por haber presentado información inexacta o falsa. Convendría tal vez disponer que el cesionario que haga inscribir una notificación inexacta o falsa no podrá prevalerse de la misma, y habrá de responder por concepto de daños ante el cedente, de sufrir éste alguna pérdida como resultado de su conducta indebida. La asignación de responsabilidad por la presentación de información inexacta o falsa habría de ser diferente de ser la inscripción un acto conjunto del cedente y del cesionario.

50. De solicitarlo alguna parte que tenga derecho a obtener acceso a la información registrada, la dirección del registro habría de emitir un documento atestiguando la información registrada. Ese documento podría ser necesario para el cedente o para sus eventuales acreedores que deseen cerciorarse de la "solvencia" del cedente en función de sus efectos a cobrar. Sería importante determinar el valor probatorio de ese documento especialmente si se presenta en forma de fax o de comunicación electrónica, así como la cuestión conexas de la responsabilidad eventual de la dirección del registro por errores en ese documento, que resulte de alguna disparidad entre la información registrada y la información consignada en el documento emitido. La responsabilidad de la dirección del registro podría limitarse a los daños directos ocasionados por negligencia grave y dolo o extenderse al lucro cesante como resultado de los errores en el documento emitido con negligencia. En este contexto, convendría prever un mecanismo para el pago de las reclamaciones fundadas en algún error de la dirección del registro. Por ejemplo, cabría depositar parte de los ingresos por inscripción o algún otro concepto en un fondo destinado al pago de las reclamaciones que prosperaran contra la dirección del registro.

51. En una cesión a título de garantía, de cumplir el cedente con sus obligaciones en virtud de la operación de crédito subyacente o aportar alguna otra garantía, se habría de inscribir una declaración por la que se liberara al cedente y el cesionario renunciara a su derecho sobre los efectos a cobrar. Esa declaración habría de ser inscrita por el cesionario a iniciativa propia o de ser requerido a ello por el cedente. De no hacer el cesionario esa declaración con la puntualidad debida, el cedente podría verse privado de negociar algún crédito adicional respaldado por sus efectos a cobrar. A este respecto, deberá estudiarse cómo habilitar al cedente para resolver esta situación, reconociéndole, por ejemplo, un derecho para requerir y obtener mediante la presentación de ciertos documentos una declaración de exoneración emitida por el registro. Esta solución podría tener el inconveniente de imponer una carga indebida a la dirección del registro que habría de verificar el

contenido de los documentos que le sean presentados. Además expondría a la dirección del registro a incurrir en responsabilidad por algún error eventual en la evaluación de esos documentos. Otra solución sería facultar al cedente para obtener alguna medida cautelar en forma de un mandato judicial por el que se ordene a la dirección del registro que emita, o al cesionario que presente, una declaración de exoneración.

III. CONCLUSIONES

52. Sobre la base de lo examinado hasta aquí, cabe concluir que la disparidad de los regímenes aplicables en materia de cesión afecta desfavorablemente a la disponibilidad y buena marcha del financiamiento mediante efectos a cobrar en el ámbito internacional. Cabe concluir además que la situación mejoraría de prepararse un régimen jurídico uniforme que tuviera en cuenta lo conseguido por el Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje pero que tratara de ir bastante más lejos, especialmente en lo relativo a su ámbito de aplicación.

53. Como se examina en los párrafos 11 a 16, cabría ampliar el alcance del nuevo régimen para que incluyera supuestos de facturaje no previstos por el Convenio del UNIDROIT, así como muchas otras operaciones con las que se tropieza en el campo financiero de la bursatilización, del financiamiento del propio proyecto y del facturaje a tanto alzado de efectos a cobrar no documentarios. Cabe sugerir que la decisión definitiva sobre si debe o no abordarse la cesión de efectos a cobrar en cada uno de estos contextos requerirá un estudio más a fondo de la problemática del alcance presentado en la parte I (párrafos 3 a 10, 17 a 19) respecto de cada uno de estos contextos financieros así como un examen algo más pormenorizado, tal vez acompañado por un primer anteproyecto de reglas, de las diversas cuestiones sustantivas identificadas y examinadas en la parte II.

54. De todas las cuestiones sustantivas abordadas en la parte II, tal vez la más compleja y difícil sea la de la validez de la cesión frente a terceros y la cuestión conexas de la prioridad eventual de derechos contrapuestos. Como cabe concluir del examen de los párrafos 36 a 51, la viabilidad de resolver esa cuestión de una manera apropiada y aceptable para todos dependerá, al menos en parte, de que sea viable establecer un sistema fidedigno de registro. Dado que ese registro podría servir también en otras esferas distintas de los efectos a cobrar (por ejemplo, los títulos de propiedad, las garantías, los valores bursátiles), se sugiere que se emprenda un estudio aparte para examinar en detalle los puntos pertinentes, especialmente los aspectos jurídicos del establecimiento y funcionamiento de un registro internacional central.

55. Como conclusión del presente informe, cabe también señalar la conveniencia de una estrecha cooperación con el UNIDROIT. Deberían, ciertamente, examinarse todas las posibles vías de cooperación, incluso las aún no exploradas, seleccionándose para cada etapa de la labor preparatoria la más apropiada, según cuál sea la actitud del UNIDROIT hacia el proyecto sugerido y su propia labor en esferas conexas.

56. De compartir la Comisión las anteriores conclusiones, tal vez desee pedir a la Secretaría que prepare los dos estudios mencionados en los párrafos 53 y 54, sobre cuya base cabría decidir cuál ha de ser su curso de acción

en este proyecto y especialmente si se ha de encomendar a un grupo de trabajo la tarea de preparar un régimen jurídico uniforme sobre financiamiento mediante efectos a cobrar.

**B. Insolvencia transfronteriza: informe sobre el coloquio CNUDMI-INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza: nota de la Secretaría
(A/CN.9/398) [Original: inglés]**

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-3
I. EXAMEN DEL MARCO JURÍDICO IMPERANTE.....	4-14
A. Observaciones generales	4-7
B. Iniciativas internas para la reforma del régimen legal	8-9
C. Iniciativas de ámbito internacional	10-11
D. Cooperación judicial transfronteriza, concordatos y protocolos especiales ...	12-14
II. CONCLUSIONES	15-19

INTRODUCCIÓN

1. En el Congreso de la CNUDMI celebrado bajo el lema "Un Derecho Mercantil Uniforme para el Siglo XXI", con ocasión de su 25.º período de sesiones (1992), se propuso que la Comisión considerara la posibilidad de emprender alguna tarea sobre los aspectos internacionales de la quiebra. A raíz de esa decisión, la Secretaría presentó a la Comisión, en su 26.º período de sesiones (1993), una nota sobre la insolvencia transfronteriza en la que se describían varias cuestiones jurídicas que pudieran suscitar problemas por la falta de armonía entre los diversos regímenes internos (A/CN.9/378/Add.4). Esa nota describía además brevemente la labor anterior emprendida en el ámbito internacional para la armonización del derecho en este campo. En el último período de sesiones, prevaleció el parecer de que pese a las dudas sobre la viabilidad de armonizar el régimen aplicable a los aspectos internacionales de la insolvencia, los problemas prácticos ocasionados por la falta de armonía de los regímenes internos aplicables a la insolvencia transfronteriza justificaban que prosiguiera el estudio de las cuestiones planteadas por la insolvencia transfronteriza y la búsqueda de una solución internacional aceptable. Se pidió a la Secretaría que preparara para algún período ulterior de sesiones de la Comisión un estudio en profundidad de la conveniencia y viabilidad de un régimen armonizado para la insolvencia transfronteriza en el que se examinaran los aspectos del régimen de la insolvencia transfronteriza que se prestaran mejor a ser armonizados y cuál sería la vía más adecuada para esa armonización (A/48/17, párrs. 302 a 306).

2. Como medida inicial para reunir información para la evaluación pedida por la Comisión, la Secretaría organizó, con la asistencia y el patrocinio conjunto de INSOL Internacional, un Coloquio sobre insolvencia transfronteriza (Viena, 17 a 19 de abril de 1994). La INSOL es una asociación internacional de especialistas en casos de insolvencia transfronteriza. Este coloquio tuvo como principal objetivo el de proporcionar un foro para el diálogo entre especialistas en casos de insolvencia de diversas regiones que tenían experiencia directa en la práctica de las insolvencias transfronterizas, o que hubieran participado en alguno de los esfuerzos por armonizar su régimen. El Coloquio tenía por objeto facilitar la evaluación práctica por la Comisión de la conveniencia y viabilidad de cualquier labor futura que pudiera emprender en esta esfera. Acudieron unos 90 participantes de diversos países, entre los que figuraban abogados, contadores jurados, banqueros y magistrados que tuvieran experiencia en algún caso notable de insolvencia, así como representantes de los ministerios competentes de algunos países y de organizaciones internacionales, tales como la INSOL y el Comité J de la Sección de Derecho Comercial de la Asociación Internacional de la Abogacía. Intervinieron en particular jueces y abogados con alguna experiencia significativa en casos de insolvencia transfronteriza, así como ciertas personas y representantes de organizaciones que hubieran participado activamente en algún esfuerzo de armonización internacional o regional.

3. En la presente nota se describen los pareceres y puntos de vista que se expresaron en el Coloquio, y se hace un esbozo de la orientación y posibles etapas de la labor