



Asamblea General

Distr. LIMITADA

A/CN.9/WG.II/WP.105

30 de julio de 1999

ESPAÑOL

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales
31º período de sesiones
Viena, 11 a 22 de octubre de 1999

FINANCIACIÓN POR CESIÓN DE CRÉDITOS

Comentario al proyecto de convención sobre la cesión de créditos

con fines de financiación (Parte I)

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	2
TÍTULO Y PREÁMBULO	3
CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN	4
Artículo 1. Ámbito de aplicación	4
Artículo 2. Cesión de créditos	7
Artículo 3. Internacionalidad	13
Artículo 4. Exclusiones	13
CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES	15
Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación	15
Artículo 6. Autonomía de la voluntad de las partes	18
Artículo 7. Principios de interpretación	19

CAPÍTULO III. EFECTOS DE LA CESIÓN	21
Forma de la cesión	21
Artículo 8. Validez de las cesiones de créditos en bloque, las cesiones de créditos futuros y las cesiones parciales	21
Artículo 9. Momento de la cesión	24
Artículo 10. Limitaciones contractuales de la cesión	24
Artículo 11. Transferencia de derechos de garantía	27
Artículo 12. Limitaciones relativas a los gobiernos y otras entidades públicas	28

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional decidió, en su 28º período de sesiones (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 este 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 (noviembre de 1995), el Grupo de Trabajo inició su labor examinando este 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 sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (queda por determinar el título exacto)⁵.

3. La Comisión, en su 32º período de sesiones (1999), expresó su agradecimiento por la labor efectuada y solicitó al Grupo de Trabajo que prosiguiera con la mayor celeridad posible a fin de que el texto del proyecto de convención, junto con el informe del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo pudieran ser distribuidos

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 Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales acerca de la labor de su 24º período de sesiones (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. [...].

a los gobiernos para que presentaran sus observaciones lo antes posible a fin de que la Comisión pudiera examinar el proyecto de convención con miras a aprobarlo en su 33º período de sesiones (2000). Respecto al procedimiento a seguir para la aprobación definitiva del proyecto de convención, la Comisión observó que decidiría en ese período de sesiones si había de recomendar su aprobación por la Asamblea General o por una conferencia diplomática especialmente convocada a tal efecto por la Asamblea General.⁶

4. El Grupo de Trabajo prosiguió su labor en la inteligencia de que la Secretaría prepararía un comentario sobre el proyecto de convención que ayudase a los gobiernos a preparar sus observaciones sobre el proyecto de texto y, posteriormente, en el examen del proyecto de convención con miras a su aprobación.⁷

5. La presente nota, que por razones relacionadas con la oportuna traducción y distribución, contiene sólo la primera parte del comentario, ha sido preparada conforme a esa inteligencia (la segunda parte se preparará poco después de la primera). Proporciona un resumen de las razones para aprobar determinada disposición, sus principales objetivos, junto con explicaciones e interpretaciones de términos particulares. No da cuenta completa de los trabajos preparatorios, incluidas las diversas propuestas y los proyectos de disposición que no fueron recogidos. En beneficio de quienes busquen una información completa sobre la historia de una disposición concreta, el comentario enumera las referencias a las partes pertinentes de los ocho informes sobre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.⁸

6. Al preparar el comentario, la Secretaría ha tenido en cuenta que no se trata del comentario de un texto definitivo sino que su finalidad primordial e inmediata es ayudar al Grupo de Trabajo a examinar y ultimar el texto. Cuando el texto esté acabado, la Secretaría preparará un comentario revisado para asistir a los gobiernos en la preparación de sus observaciones sobre el proyecto de convención y luego en su examen del proyecto de convención con miras a su aprobación. De acuerdo con las instrucciones aplicables relativas a un control más estricto y limitación de los documentos de las Naciones Unidas, no se reproduce aquí el texto del proyecto de convención, objeto del comentario. Se reproduce en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, junto con las observaciones y sugerencias de la Secretaría sobre la manera de afrontar las cuestiones pendientes. Esas cuestiones están señaladas en el texto del proyecto de convención mediante corchetes al principio y al fin de las disposiciones pertinentes. La Secretaría se ha tomado la libertad de observar en el comentario otras cuestiones y hacer nuevas sugerencias sobre la manera de enfocarlas.

TÍTULO Y PREÁMBULO

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

⁶ *Ibíd*, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/54/17), párr. 330.

⁷ Véase, por ejemplo, el documento A/CN.9/456, párrs. 40, 58 y 59, 143, 150 y 215; y el documento A/CN.9/455, párrs. 80, 84, 87 y 103.

⁸ Para evitar confusiones, no se hace especial referencia a los anteriores números de los artículos que fueron modificados varias veces en el curso de la preparación del proyecto de convención. No obstante, los números anteriores se deducirán fácilmente del debate respectivo en el informe del período de sesiones.

A/CN.9/455, párrs. 157 a 159

A/CN.9/456, párrs. 19 a 21 y 60 a 65

COMENTARIO

7. El título y el preámbulo del proyecto de convención, no han sido aún aprobados. La cuestión principal es decidir si se mantendrá la referencia a la financiación (para los argumentos a favor de una u otra solución, véase A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el título y el preámbulo).

8. El preámbulo tiene por fin servir como exposición de los principios generales sobre los que se basa el proyecto de convención y que, conforme al proyecto de artículo 7, 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, cosa que interesa a todas las partes que intervienen, cedentes, cesionarios y deudores; el principio de la protección del deudor, según el cual la posición jurídica del deudor no se ve afectada a menos que otra cosa se diga 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; la evitación de la injerencia en asuntos de competencia.

* * *

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

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

COMENTARIO

Estructura del capítulo I

9. En el capítulo I, las cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación son objeto de diferentes disposiciones en gracia a la claridad y la simplicidad del texto; una disposición única sobre el ámbito de aplicación resultaría muy larga y complicada. El proyecto de artículo 1 define el ámbito sustantivo, sólo en términos generales, así como el ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención. Los proyectos de artículo 2 y 3 definen el ámbito sustantivo en términos más detallados (definiciones de cesión e internacionalidad, respectivamente). El proyecto de artículo 5 no forma parte del capítulo I, ya que las expresiones definidas en este artículo no plantean cuestiones

relacionadas con el ámbito de aplicación sino problemas de interpretación de diversas disposiciones del proyecto de convención.

Ámbito sustantivo de aplicación

10. Conforme al proyecto de artículo I, quedan comprendidas las cesiones de créditos internacionales, sean éstas internacionales o nacionales, mientras que las de créditos nacionales quedan comprendidas únicamente si las cesiones son internacionales. Con otras palabras, queda comprendida la cesión de créditos, nazcan éstos o no en el contexto del comercio internacional o nacional, en la medida en que la cesión misma sea internacional (para observaciones sobre la internacionalidad, véanse los párrafos 40 y 41). De este modo, quedarían comprendidas operaciones como el facturaje, incluido facturaje a tanto alzado, de créditos internacionales, así como la bursatilización de créditos nacionales, (para una lista no taxativa y una breve descripción de las prácticas abarcadas, véanse los párrafos 31 a 39).

11. 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 de convención (principio de la *continuatio juris*). Conforme al principio de la *continuatio juris*, incluso la cesión nacional de créditos nacionales puede llevarse al ámbito de proyecto de convención si es subsiguiente a una cesión internacional. Pero, a menos que todas las cesiones en una cadena de cesiones se sometieran a un sólo y mismo régimen jurídico, sería ciertamente muy difícil abordar de manera coherente las cuestiones relacionadas con la cesión. El proyecto de convención se aplica también a las cesiones subsiguientes que en sí mismas estén 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 consecuencia, puede que el proyecto de convención se aplique únicamente a algunas de las cesiones en una cadena de cesiones. Esto representa un apartamiento del principio de la *continuativo 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 interno, no deben verse privadas de los eventuales beneficios de la aplicación del proyecto de convención. Este enfoque se basa en el supuesto de que no se cruzaría indebidamente en el camino de las prácticas nacionales (sobre este asunto, véanse los párrafos 12, 18, 20 y 30). El Grupo de Trabajo no hizo suya una sugerencia de limitar el principio de la *continuatio juris* a los casos en que la internacionalidad fuese manifiesta, ya que ese criterio podría introducir un grado inaceptable de incertidumbre en cuanto a la aplicación del proyecto de convención.

12. 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 concesiones, 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. Al mismo tiempo, no se obstaculizarían los intereses de los cesionarios nacionales, dado que, para que un conflicto entre un cesionario nacional y otro extranjero quedase comprendido en el proyecto de convención, el cesionario tendría que encontrarse en un Estado Contratante (proyecto de apartado a) de artículo 1) y ese Estado, por definición en una cesión nacional de un crédito nacional (proyecto de artículo 3), sería el Estado en que se encontrasen tanto el deudor nacional como el cesionario nacional (para un problema que puede plantearse en el proyecto de artículo 24 si se hace referencia a la sede de la administración central en vez del lugar donde se desarrolla la actividad, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 5 al proyecto de artículo 1). Además, el hecho de que el cedente decidiese ceder los créditos a un cesionario extranjero no sometería al deudor a un régimen legal nuevo y posiblemente desconocido, ya que el proyecto de convención sólo podría aplicarse a los derechos y obligaciones del deudor si éste tuviera su establecimiento en un Estado Contratante (proyecto de párrafo 3 del artículo 1); para el

significado de la ubicación de un deudor, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 4 al proyecto de artículo 5). En cualquier caso, los derechos del deudor no se verían perjudicados, ya que el proyecto de convención establece una norma suficientemente exigente de protección del deudor (es decir, los proyectos de artículo 17 a 23).

Ámbito territorial de aplicación

13. El ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención se define con referencia a la ubicación del cedente no se ha decidido todavía si ha de ser el lugar de constitución o la administración central. Para las sugerencias de la Secretaría sobre este asunto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 19 al proyecto de artículo 5). Las disposiciones que tratan de los derechos y obligaciones del deudor (es decir, el capítulo IV, sección II) tienen un ámbito territorial diferente en la medida en que, para que se apliquen esas disposiciones, también el deudor debe encontrarse en un Estado Contratante. Para garantizar una predecibilidad suficiente de la aplicación del proyecto de convención por lo que se refiere al deudor, el Grupo de Trabajo ha convenido en que la ubicación del deudor ha de definirse con referencia a su establecimiento (A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 4 al proyecto de artículo 5).

14. 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 encontrase 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 la eficacia de las cesiones subsiguientes. Otras razones que justifican este enfoque son: que la ejecución se pedirá normalmente en el lugar donde se encuentra el cedente o el deudor, por lo que no es necesario mencionar la ubicación del cesionario; que la aplicación de las disposiciones del proyecto de convención no contenidas en la sección II del capítulo IV no afectarían al deudor, por cuya razón no es necesario excluir la aplicación de todas las disposiciones del proyecto de convención cuando el deudor no se encuentra en un Estado Contratante.

15. Como consecuencia de este enfoque, el ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención es suficientemente amplio y no es, pues, necesario ampliarlo a los casos en que ninguna de las partes puede encontrarse en un Estado Contratante. Esa ampliación del ámbito territorial podría lograrse si se tratase de la ley de un Estado Contratante aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro. El Grupo de Trabajo estimó que ampliar de tal modo el ámbito territorial podría crear incertidumbre en la medida en que el derecho internacional privado en materia de cesión no es uniforme. El Grupo de Trabajo juzgó asimismo que, en todo caso, esa remisión a normas de derecho internacional privado no fomentaría la certeza, dado que 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 cabría aplicar. La situación es, no obstante diferente con respecto a la ley que rige las cuestiones relacionadas con el deudor, ya que existe un grado suficiente de consenso de que esas cuestiones deben regirse por la ley que rija el crédito (es decir, la ley que rija el contrato del que nace el crédito). Así pues, el proyecto de párrafo 3 de artículo 1 comprende una remisión a esa ley, ampliando el ámbito territorial de las disposiciones del proyecto de convención sobre protección del deudor para que abarquen situaciones en las que el deudor pueda no encontrarse en un Estado Contratante.

16. Aún no se han aprobado los proyectos de párrafo 4 y 5 del artículo 1 (para las observaciones de la Secretaría sobre estas disposiciones, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 1 a 6 al capítulo V y 1 a 3 al anexo al proyecto de convención)

Forma del instrumento que se prepara

17. El Grupo de Trabajo acordó que sería preferible una convención a una ley modelo, ya que daría como resultado una mayor certeza. Estimó en general que esa certeza era necesaria para el logro del principal objetivo del proyecto de convención, a saber, un mayor acceso al crédito de bajo costo. Además, se convino en que una convención podría alcanzar mejor la meta de establecer, junto con la Convención sobre el Facturaje Internacional (preparada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - denominada en adelante “Unidroit”- y aprobada en una conferencia diplomática convocada en 1988 en Ottawa por el Gobierno del Canadá -denominada en adelante la “Convención de Ottawa”), un régimen jurídico más amplio con respecto a las operaciones relacionadas con las cesiones.

Remisión al proyecto de convención/su exclusión

18.El Grupo de Trabajo decidió no limitar la aplicación del proyecto de convención a los casos en los que el cedente y el cesionario decidieran someter su relación al proyecto de convención. Se estimó en general que era innecesaria esa limitación del ámbito del proyecto de convención. El proyecto de convención no tiene por fin reemplazar las normas nacionales relacionadas con la cesión sino facilitar prácticas internacionales, actualmente no desarrolladas en grado suficiente por la incertidumbre reinante respecto de las leyes nacionales (en cuanto al posible efecto del proyecto de convención sobre las prácticas nacionales, véanse los párrafos 11, 12, 20 y 30). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si las partes en una cesión, no comprendida dentro del ámbito del proyecto de convención, pueden decidir aplicarlo. Ese derecho de remisión contractual puede o no existir conforme a las normas de derecho internacional privado aplicables al proyecto de convención, por lo menos en la medida en que esa elección de ley pudiera afectar a terceros, situación que posiblemente crearía incertidumbre (para un precedente de una disposición expresa que concede esa facultad, véase el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente).

19. El proyecto de artículo 6 reconoce el derecho de las partes en la cesión o en el contrato que da origen a un crédito de excluir la aplicación del proyecto de convención, derogar los efectos de cualquiera de sus disposiciones o modificarlos, en la medida en que no se vean afectados los derechos de terceros. Este enfoque se basa en el supuesto de que los efectos con respecto a terceros de las operaciones relacionadas con la cesión se regirán normalmente por normas nacionales de carácter imperativo cuyas consecuencias no pueden ser limitadas ni modificadas por acuerdo de las partes (en cuanto a la cuestión de la autonomía de la voluntad de las partes, véanse los párrafos 59 y 60).

* * *

Artículo 2. Cesión de créditos

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

COMENTARIO

“Transferencia mediante acuerdo*”

20. La cesión se define como una “transferencia mediante acuerdo”. Esto significa que el objeto central del proyecto de convención es la cesión como manera de transmitir derechos de propiedad sobre créditos. No están comprendidos el contrato de cesión ni el de financiación, excepto cuando se disponga expresamente otra cosa (por ejemplo, en los proyectos de artículo 13 a 16 y 27; el Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar que el capítulo III se ocupa de la eficacia de la cesión como transmisión de derechos de propiedad sobre créditos, pero no del contrato de cesión). Quedan, sin embargo, comprendidas otras prácticas que entrañan la transmisión de derechos de propiedad sobre créditos, como la subrogación contractual o la prenda. Ese método es apropiado en particular porque, en ciertos ordenamientos jurídicos, importantes operaciones de financiación por cesión de créditos, como el facturaje, comportan una subrogación contractual o una pignoración en lugar de la cesión de los créditos. Se suprimió una referencia explícita a esas operaciones, que figuraba en una versión anterior del proyecto de artículo 2 (A/CN.9/WG.II/WP.93), en la inteligencia de que la enumeración de esas prácticas conexas podría tener como consecuencia no deseada dejar fuera alguna de ellas (A/CN.9/445, párrafo 151). Como antes se mencionó (véanse los párrafos 11, 12 y 18), el proyecto de convención, no tiene por fin crear un nuevo tipo de cesión sino proporcionar normas uniformes sobre la cesión y prácticas conexas con un elemento internacional, que, si bien abarcadas en teoría por el derecho nacional actualmente vigente, no podían desarrollarse suficientemente dada la incertidumbre reinante en los derechos nacionales. La referencia a un acuerdo obedece al propósito de excluir las cesiones en virtud de la ley (por ejemplo, la subrogación legal).

21. Con el fin de evitar toda ambigüedad sobre si la expresión “transferencia” comprende las cesiones a título de garantía, el asunto se aclara expresamente en la segunda oración del proyecto de párrafo a) del artículo 2, por el que se crea la ficción jurídica de que, para los fines del proyecto de convención, la creación de derechos de garantía en asignaciones de crédito es una transferencia. No obstante, el proyecto de convención no define las cesiones absolutas y las cesiones a título de garantía. El asunto se deja para el resto del derecho aplicable fuera del proyecto de convención, ya que, atendidas las amplias divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos sobre la clasificación de las transferencias, una cesión a título de garantía podría en realidad poseer los atributos de una venta, mientras que una venta podría utilizarse como mecanismo de garantía (para una lista de cuestiones dejadas para el resto del derecho, véase el párr. 64).

“Por una parte a otra”

22. Tanto el cedente como el cesionario pueden ser personas jurídicas o físicas, comerciantes o consumidores. En consecuencia, queda comprendida la cesión entre personas físicas, a menos que ambos sean consumidores y la cesión se haga con fines de consumidor comunes a ambos (proyecto de apartado a) del artículo 4). Como consecuencia, queda también comprendida la cesión de créditos de tarjetas de crédito en operaciones de bursatilización, que encierra la posibilidad de poner a disposición de fabricantes, minoristas y consumidores un crédito de bajo costo. Queda asimismo comprendida la cesión de préstamos garantizados con bienes inmuebles en la bursatilización de hipotecas. Dado que en el proyecto de convención el singular abarca el plural y viceversa, está también comprendida una cesión hecha por varias personas (por ejemplo, titulares conjuntos de créditos) a varias otras personas (por ejemplo, un sindicato de financieros). En la determinación, empero, del ámbito territorial de aplicación o la internacionalidad, debe prescindirse de la multiplicidad de cedentes o cesionarios y la cesión de cada cedente o a cada cesionario debe examinarse independientemente de las cesiones de otra persona o a otra persona (el Grupo de Trabajo debe examinar aún la cuestión de si la ubicación de varios cedentes o cesionarios puede definirse haciendo referencia a la ubicación de un mandatario autorizado, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.102, observación 14 al proyecto de artículo 1; en cuanto a los casos en que intervienen múltiples deudores, véase el párr. 26).

“Derecho contractual ... a percibir una suma de dinero”

23. La palabra “contractual” tiene por objeto asegurarse de que están comprendidos los créditos derivados de cualquier tipo de contrato, mientras que quedan excluidos los nacidos por obra de la ley, como los créditos por responsabilidad extracontractual, los créditos impositivos o los determinados en sentencias judiciales, a menos que estén confirmados en un acuerdo de transacción. Los créditos contractuales, cuya cesión queda comprendida en el proyecto de convención, son 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, así como los créditos en forma de regalías derivadas de la concesión de licencias de propiedad intelectual y créditos en forma de saldos positivos en cuantas de depósito u operaciones con títulos (para una breve descripción de estas prácticas, véanse los párrs. 31 a 39).

24. No está comprendida la cesión de otros derechos contractuales no dinerarios (por ejemplo, la cesión del derecho a una prestación o el derecho a declarar rescindido el contrato; en cuanto al derecho del cedente a reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de contrato o intereses moratorios, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104 observaciones 2 y 3). Si bien el derecho a una prestación como, por ejemplo, el derecho del vendedor a las mercancías devueltas, no es un crédito, el cesionario lo tiene en la medida en que las mercancías eventualmente devueltas por el comprador ocupan el lugar del crédito cedido. El asunto se trata en los proyectos de artículo 16 y 26, según los cuales el pago abarca el pago en efectivo y en especie. No obstante, para aclarar más este punto, el Grupo de Trabajo tal vez desee insertar en los proyectos de artículos 16 y 26 una referencia al derecho del cesionario sobre cualquier cosa que se reciba en pago “o a otro medio de cumplimiento” respecto del crédito cedido (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 al proyecto de artículo 16). Tampoco están comprendidas las cesiones de contratos, que entrañan una cesión de derechos contractuales y un traspaso de las obligaciones. Aunque esas operaciones puedan formar parte de arreglos de financiación, el financiero tendrá normalmente en cuenta los créditos. En cuanto al traspaso de obligaciones, el Grupo de Trabajo estimó que va mucho más allá del alcance deseable del proyecto de convención.

“Debida por un tercero”

25. Aparte del cedente y el cesionario, también el deudor podría ser una persona jurídica o física, un comerciante o un consumidor. En la medida en que sean contractuales, los créditos del consumidor están comprendidos en el proyecto de convención, a menos que sean cedidos por un consumidor a otro y estén, por lo tanto, al servicio de fines sólo personales, familiares o del hogar (proyectos de artículo 2 y de apartado a) del artículo 4; sobre este asunto, véanse además los párrafos 35 y 43).

26. Queda también comprendida la cesión de créditos, tanto si son créditos íntegros como partes de créditos, debidos solidariamente (es decir, en su totalidad e independientemente) por múltiples deudores, siempre que el contrato del que deriven los créditos cedidos (denominado en adelante “el contrato de origen”) se rijan por la ley de un Estado Contratante. Si, empero, 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 operación independiente, por lo que los deudores que no se encuentren en un Estado Contratante no se verán afectados por el proyecto de convención. Si así no fuera podría verse comprometida la predicibilidad por 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.

Contrato de cesión, contrato de financiación o de otros servicios, contrato origen

27. El proyecto de convención reconoce el derecho de las partes a estructurar libremente su relación contractual en orden a satisfacer sus diversas necesidades de financiación con miras a seguir siendo competitivas en un mercado

mundial en rápida transformación (proyecto de artículo 6). El proyecto de convención no afecta, pues, el contrato de cesión, a menos que diga expresamente otra cosa (por ejemplo, en los proyectos de artículo 13 a 16 y 27); el contrato de financiación o de otros servicios (que puede ser el mismo que el contrato de cesión, como ocurre por ejemplo en las operaciones de facturaje, o un contrato aparte, como es el caso, por ejemplo, de las operaciones de bursatilización); ni el contrato de origen entre el cedente y el deudor, del que derivan los créditos cedidos, a menos que el proyecto de convención disponga expresamente otra cosa (por ejemplo, en el proyecto de artículo 19).

28. Se ha suprimido la referencia a los “fondos, crédito o servicios conexos que el cesionario proporciona o promete” a cambio de los créditos cedidos, que figuraban en la anterior versión de la definición de “cesión” (A/CN.9/WG.II/WP.96, proyecto de artículo 2), ya que los “fondos, crédito o servicios” son parte del contrato de financiación y no de la cesión. No obstante, la supresión de esas palabras no cambia el hecho de que las cesiones están comprendidas tanto si tienen carácter absoluto y el cesionario proporciona o promete fondos al cedente o a otra persona vinculada con el cedente o con quien éste tenía una deuda, como si son cesiones a título de garantía, en las que se da o se promete el crédito, o las cesiones en las que no se ofrece ninguna financiación sino servicios (por ejemplo, servicios de contabilidad, cobro o seguro contra el incumplimiento del deudor, que es a menudo el principal o el único elemento en las operaciones internacionales de facturaje. Quedarían comprendidas las cesiones de crédito, tanto si esos “fondos, crédito o servicios” se proporcionan o se prometen no sólo en el momento de la cesión sino también en un momento anterior. Como consecuencia, quedarían también comprendidos en el proyecto de convención las operaciones relacionadas con cesiones que entrañan la reestructuración de las deudas de un deudor que se halle en dificultades financieras sin llegar a la insolvencia.

29. En una etapa anterior de su labor, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si la aplicación del proyecto de convención debía limitarse a las cesiones con un carácter o dentro de un contexto comercial o financiero. El Grupo de Trabajo decidió que esa limitación no sería apropiada, ya que: crearía de manera inconveniente otro régimen especial más de cesión, aunque no fue necesario, y tener así como resultado involuntario una ulterior desunificación del régimen de la cesión; suscitaría incertidumbre dado que las expresiones “financiero” y “comercial” no se entienden universalmente de la misma manera, ni era factible ni deseable tratar de definir las de manera uniforme en una convención internacional; y excluiría innecesariamente del ámbito del proyecto de convención operaciones importantes como las cesiones en las operaciones de facturaje internacional en las que sólo se podrían proporcionar servicios (por ejemplo, servicios de contabilidad, cobro o seguro contra el incumplimiento de los deudores). El Grupo de Trabajo prefirió partir de un ámbito de aplicación amplio y excluir las operaciones que ya estaban bien reguladas.

30. Con respecto a la posible repercusión de ese enfoque en derecho interno, ya mencionada, véanse los párrafos 11, 12, 18 y 20), el proyecto de convención tiene por finalidad abarcar las cesiones con un elemento internacional y no afecta negativamente a las cesiones internas de créditos nacionales (sobre este asunto, véase también el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 5 al proyecto de artículo 1; sobre posibles conflictos con la Convención de Ottawa, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 33.

Operaciones comprendidas

31. El proyecto de convención abarca una amplia gama de operaciones financieras. Antes que nada, están comprendidas las técnicas tradicionales de financiación como el facturaje, el facturaje a un tanto alzado y el descuento de facturas. En estos tipos de operación, los cedentes ceden a un financiero sus derechos sobre créditos derivados de la venta de los bienes o servicios del cedente. La cesión puede ser, en esas operaciones, a título de garantía o por vía de transferencia absoluta con un ajuste en el precio de adquisición según el riesgo y el tiempo que entrañe el cobro de crédito subyacente. Fuera de sus formas tradicionales, esas operaciones han desarrollado cierto número de variantes a la medida de diversas necesidades de las partes en las operaciones comerciales internacionales. Por ejemplo, además, o en lugar de la financiación, pueden prestarse varios servicios, incluidos el cobro, la

contabilidad y el seguro contra el incumplimiento de los deudores. En el facturaje internacional se proporcionan a menudo servicios de seguros, cuando los créditos se ceden a una empresa de facturaje en el país del cedente (“empresa de facturaje exportadora”) y luego de la empresa exportadora otra empresa en el país del deudor (“empresa de facturaje importadora”) para su cobro, sin que las empresas de facturaje puedan recurrir contra el cedente en caso de incumplimiento del deudor (facturaje sin regreso). Todas esas operaciones están comprendidas en el proyecto de convención independientemente de su forma.

32. Teniendo en cuenta la amplia definición de “crédito” en el proyecto de apartado a) de artículo 2 (“derecho contractual... a percibir una suma de dinero”), la convención comprende además muchas otras formas de operaciones financieras utilizadas en el moderno comercio internacional. Entre ellas figuran técnicas innovadoras de financiación, la bursatilización, la financiación de proyectos y las permutas “swaps”, así como las operaciones que entrañan la venta financiada de equipo móvil de alto valor (sobre si algunas de esas prácticas deberían ser objeto de un trato diferente o ser del todo excluidas del alcance del proyecto de convención, véase A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 16 al proyecto de artículo 4).

33. En una operación de titulización, el cedente crea créditos mediante sus propios esfuerzos. El cedente puede ser un consorcio manufacturero que venda mercancías; puede ser también un banco que otorgue préstamos. El cedente cede, generalmente mediante una transferencia absoluta, estos créditos a una entidad especialmente creada con el fin de comprar los créditos y pagar su precio con el dinero recibido de inversionistas a quienes vende los créditos o los valores respaldados por los créditos. Este “vehículo para un fin especial” tiene, pues, como únicos activos los créditos que se le hayan transferido. La segregación de los créditos con respecto a los demás activos del cedente permite que el precio del crédito concedido por la transferencia del cedente al vehículo para un fin especial se fije sólo sobre la base del crédito de los efectos cedidos y prescindiendo de los demás activos del cedente. Inmediatamente después de esa transferencia, o concurrentemente con ella, el vehículo para un fin especial cede una titularidad indivisa de los créditos a los inversionistas o emite valores respaldados por los créditos. Como antes se indica, el precio pagado por los inversionistas por esta titularidad (o el dinero prestado, que se utiliza para reembolsar al cedente inicial) está vinculado a la fortaleza financiera de los créditos cedidos y no al crédito atribuido al cedente. De esta manera, este último puede obtener más crédito que el que se justificaría sobre la base de su propia graduación crediticia. Además, al obtener acceso a los mercados internacionales de valores, el cedente puede obtener crédito a un costo que sería inferior al costo medio del crédito basado en bancos comerciales. Es más, la cesión de los créditos por parte del cedente inicial a una entidad establecida con la sola finalidad de emitir valores respaldados por los créditos reduce el riesgo de insolvencia y, por consiguiente, el costo del crédito.

34. El proyecto de convención se aplicará de modo semejante a la cesión del futuro movimiento de caja de un proyecto. En proyectos de infraestructura de gran escala que generan ingresos, los patrocinadores sufragan los costos iniciales de capital pidiendo préstamos sobre la futura corriente de ingresos del proyecto. Así, las represas hidroeléctricas se financian mediante la futura obligación de los consumidores de pagar la electricidad, los sistemas telefónicos se pagan mediante los ingresos futuros de las tarifas de telecomunicaciones y las autopistas se construyen con fondos obtenidos mediante la cesión de futuros peajes. Dada la aplicabilidad del proyecto de convención a créditos futuros, estos tipos de financiación de proyectos pueden reducirse a transferencias, comúnmente con fines de garantía, de los créditos futuros que generará el proyecto que se financia.

35. En este contexto, debe hacerse hincapié en que la exclusión del proyecto de convención de las cesiones hechas con fines personales, familiares o del hogar no actuará en el sentido de excluir los créditos al consumidor (la operación de la que deriva el crédito, es decir, la creación de la obligación de un consumidor, como la representada por la factura de un servicio público, no es una cesión). Únicamente la transferencia del derecho a recibir ese pago constituye una cesión y la transferencia de la compañía del servicio público a un financiero o a un vehículo para fines especiales no sería para fines personales, familiares o del hogar. (Sobre este asunto, véanse los párrafos 25 y 43). Hay que observar además, que las entradas en concepto de peajes serían créditos contractuales que entran en

el ámbito del proyecto de convención, ya que se derivan de contratos celebrados de hecho entre los explotantes y los usuarios de las autopistas.

36. Las permutas y las operaciones con derivados financieros entrarán también en el ámbito de proyecto de convención. Una “permuta” consiste básicamente en una operación bilateral en la que se explotan la graduación crediticia y la disposición a asumir riesgos financieros en grado diferente de las partes. En el caso más corriente, una entidad acreditada toma dinero prestado a un tipo fijo. Una entidad menos segura toma prestada una cantidad similar, pero su rango financiero sólo le permite endeudarse en los mercados crediticios a un tipo variable. Mediante un intermediario financiero, ambas entidades “permutan” sus respectivas obligaciones y convienen en mantenerse recíprocamente indemnes y a salvo, si una de ellas incumple su obligación. Se paga un derecho por la permuta, con el resultado final de que la entidad que goza de menor crédito puede, pagando una tasa, obtener el crédito a un tipo fijo. Dado que los financieros que prestan en dinero son invariablemente parte en esas operaciones (si no fuera así, la permuta sería probablemente un caso de incumplimiento), su transferencia de estos derechos de recibir dinero introduce estos tipos de operación en el ámbito del proyecto de convención.

37. Los derivados financieros son análogos a las permutas en cuanto que las obligaciones de los deudores se dividen y venden entre entidades financieras y de otra índole. Por ejemplo, cabe englobar y vender a los inversionistas los primeros cinco años de los pagos de intereses de un bono a treinta años, así como los últimos cinco años de esos pagos. Dados los diferentes plazos, estas corrientes de pago presentan riesgos diferentes que atraen a inversionistas, con lo que se crea un mercado para esos instrumentos. El comercio de esos derechos a obtener dinero entra directamente en el ámbito del proyecto de convención.

38. Incluso operaciones menos tradicionales están comprendidas en el proyecto de convención. Los préstamos mancomunados y compartidos, por ejemplo, son formas complejas de ceder la obligación contractual del deudor a pagar la deuda. Todas las formas de préstamos mancomunados, en las que el participante recibe cierto derecho a la obligación contractual del deudor de pagar, caben dentro del ámbito del proyecto de convención. La operación puede adoptar la forma común de un préstamo bancario, o la de la financiación pública de algún proyecto o adquisición de equipo. De este modo, las transferencias de reconocimientos de deuda (puesto que son obligaciones contractuales de pagar) garantizadas con aeronaves estarían comprendidas en el proyecto de convención, así como las participaciones en los consorcios de equipamiento. Por cierto, si la financiación inicial de equipo móvil, como las aeronaves, está garantizada por futuros ingresos, el proyecto de convención se aplicará igualmente, ya que la transferencia de esos créditos a título de garantía será efectivamente una transferencia de la obligación contractual del cliente de pagar. En este contexto, hay que observar que, si hay bonos negociables que representan la obligación de pagar, su transferencia no está comprendida en el proyecto de convención en virtud de la exclusión de la transferencia de instrumentos negociables contenida en el proyecto de artículo 4.

39. Análogamente, quedarán asimismo comprendidas las cesiones de cuentas bancarias (que representan la obligación del banco depositario de pagar con cargo a esas cuentas) o las cesiones de pólizas de seguros (que representan la obligación contingente de la compañía de seguros de pagar en caso de siniestro. También aquí, esas transferencias pueden ser de carácter absoluto, como cuando se transfieren entre empresas o dentro de una estructura corporativa las carteras de cuentas bancarias o pólizas de seguro. Pueden ser también transferencias a título de garantía, como los préstamos de primas y seguros o los préstamos garantizados con un depósito en un banco comercial.

* * *

Artículo 3. Internacionalidad

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 a 45 y 227 y 228

COMENTARIO

40. Conforme al proyecto de convención, una vez un crédito es internacional, su cesión queda siempre comprendida en el proyecto de convención. Pero incluso cuando un crédito es interno, su cesión puede quedar comprendida en el proyecto de convención, cuando la cesión es internacional o es parte de una cadena de cesiones entre las que figura un anterior cesión internacional (sobre este asunto, véase el párrafo 10, así como el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 3). El significado de la expresión “encontrarse en” y la cuestión de la ubicación en el caso de multiplicidad de cedentes y cesionarios no se ha decidido aún) (para las sugerencias de la Secretaría con respecto a este asunto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 10 al proyecto de artículo 5).

41. La internacionalidad de un crédito queda determinada en el momento de la celebración del contrato de origen. Este criterio se basa en la suposición de que en ese momento el acreedor (posible cedente) tendría que saber cuál es la ley aplicable para poder evaluar los riesgos inherentes a una operación y determinar si otorga o no el crédito al deudor y en qué condiciones. No obstante, a raíz de este enfoque, cuando intervienen créditos futuros (es decir, créditos derivados de contratos que aún no existen en el momento de la cesión), las partes en una cesión tal vez no puedan determinar en el momento en que la efectúan si se aplicará el proyecto de convención. Por el contrario, la internacionalidad de una cesión se determina en el momento en que se hace. De esta manera, las partes siempre podrán predecir en el momento de la cesión si se aplicará o no el proyecto de convención.

* * *

Artículo 4. Exclusiones

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

COMENTARIO

42. En vista de su decisión de que el ámbito de aplicación del proyecto de convención debe ser lo más amplio posible, el Grupo de Trabajo acordó que debían excluirse ciertas prácticas que no necesitaban ser reguladas.

Cesiones con fines de consumo

43. El apartado a) tiene por fin excluir del alcance del proyecto de convención las cesiones de un consumidor a otro, ya que esas cesiones no son de importancia práctica (en cuanto a la sugerencia de la Secretaría de redactar de nuevo el apartado a) o incluso suprimirlo, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 al proyecto

de artículo 4). No obstante, el apartado a) no excluye las cesiones de un consumidor a un comerciante. Esas asignaciones del crédito de un consumidor forman parte de prácticas importantes, como la bursatilización de créditos de tarjetas de crédito, cuya facilitación encierra la posibilidad de que fabricantes, minoristas y consumidores tengan un mayor acceso al crédito de bajo costo y, como consecuencia, podrían facilitar el comercio internacional de bienes de consumo. Aunque comprende la cesión de créditos de consumidor, el proyecto de convención no se propone prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor. Cuando es necesario, el proyecto de convención hace referencia explícita a este principio. Por ejemplo, conforme a los proyectos de párrafo 1 de artículo 21 y de artículo 23, un deudor consumidor no puede renunciar a ninguna excepción ni derecho de compensación y tiene derecho a recuperar del cesionario los pagos que haya efectuado, si así lo dispone la ley de protección del consumidor aplicable en el país (para las cláusulas de intransferibilidad en un contexto de consumidores, véanse los párrafos 83 y 86).

Cesiones de títulos negociables

44. El apartado b) excluye las cesiones hechas mediante endoso y entrega de un título negociable, como una letra de cambio, un pagaré o un cheque, o mediante simple entrega de un instrumento, como un documento al portador. La razón que subyace a esta exclusión es la necesidad de evitar la intromisión en prácticas bien reglamentadas en el derecho nacional y en textos internacionales. El proyecto de convención se refiere a la forma de transferencia y no al carácter documentario del crédito, ya que: esa referencia es adecuada para proteger la negociabilidad de un título y los intereses de un tenedor protegido; sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre una definición uniforme de la expresión “crédito documentario”; y no hay ninguna necesidad de excluir la cesión de créditos contractuales por el único motivo de que han sido incorporados en un título negociable con la finalidad de obtener el pago, de ser necesario por vía de procedimientos sumarios en un tribunal.

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.

Otras cesiones

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, la cesión de derechos contractuales en general, las cesiones de primas de seguro, 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” con referencia a una “transferencia mediante acuerdo”. Teniendo en cuenta que se estimó que la contraprestación era parte del contrato de cesión, el cual, con excepción de los proyectos de artículos 13 a 16 y 27, no es objeto del proyecto de convención, el Grupo de Trabajo decidió no ocuparse de las cesiones a título de donación. En cuanto a la cesión de salarios, el Grupo de Trabajo acordó dejar el asunto para otra ley. Si esas cesiones están prohibidas conforme a la ley nacional, el proyecto de convención no afecta a esa prohibición. Cuando, sin embargo, no están prohibidas por la ley nacional, con miras a preservar prácticas importantes, como la financiación de servicios de empleo temporal, el proyecto de convención no hace nada por invalidarlas (en cuanto a la ley aplicable a la transferibilidad legal, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 y 4 al proyecto de artículo 28). El Grupo de Trabajo decidió que quedasen comprendidas las cesiones de primas de seguros y las rentas procedentes de arrendamientos con opción de compra de bienes inmuebles y equipo, así como las cesiones de saldos acreedores en cuentas de depósito (no obstante, en cuanto al trato exacto

de algunas de esas operaciones y las posibles excepciones, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 16 al proyecto de artículo 4).

47. 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 posiblemente pertinentes puedan haber formulado una declaración, no sería fácil de determinar y el alcance exacto del proyecto de convención. Este resultado podría en sí mismo aumentar el costo jurídico y con ello el costo final de una operación (sobre este asunto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 7 y 16 al proyecto de artículo 4).

* * *

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 52 a 60
A/CN.9/432, párrs. 70 a 72, 94 a 105
A/CN.9/434 párrs. 78 a 85, 109 a 114, 167 y 244
A/CN.9/445, párrs. 180 a 190
A/CN.9/456, párrs. 53 a 78

COMENTARIO

“Contrato de origen”

48. Se define la expresión, ya que se hace mención de ella en los proyectos de párrafos b) y k), iii) de artículo 5, párrafos 1 y 2 a) y b) de artículo 17, 1 de artículo 18, 1 de artículo 19, 2 de artículo 20, 2 b) de artículo 22 y 23. Con el contrato de cesión y el contrato de financiación o de otro servicio, que puede ser el mismo contrato u otro diferente, el contrato de origen es parte de la cadena básica de relaciones contractuales que intervienen en una operación relacionada con la cesión. Con excepción de las disposiciones que establezcan expresamente otra cosa (por ejemplo, el proyecto de artículo 19) el proyecto de convención no afecta a los derechos y obligaciones del deudor estipulados en el contrato original (proyecto de artículo 17).

“se entenderá que... nace en el momento en que se concierta el contrato de origen”

49. Con miras a aumentar la certeza, el proyecto de convención establece una norma uniforme sobre el momento en que se entiende que nace un crédito. Esa norma es imprescindible para determinar la internacionalidad de un crédito y la eficacia de una cesión en bloque. El momento en que se concierta el contrato de origen es el más apropiado porque en ese punto se conocen la identidad del acreedor y la del deudor, así como la fuente jurídica del crédito y su cuantía. Se juzgó que eran inadecuados en este aspecto el momento en que vence el crédito o aquél en

que el contrato de origen se convierte en exigible, ya que retrasa el momento en el que nace un crédito y podría utilizarse a su vez para obtener crédito tendría tal vez consecuencias negativas para la obtención de este último. La expresión “se concierta” se refiere a la celebración del contrato, cuyo significado exacto se deja para la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En cualquier caso, “concertación” no se refiere al cumplimiento del contrato (para una sugerencia de redacción de la Secretaría de suprimir el apartado b) y referirse en el proyecto de artículo 3 y los proyectos de párrafo 1 b) y 2 de artículo 8 directamente al momento de la concertación del contrato de origen, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 al proyecto de artículo 5).

Crédito “existente” y “futuro”

50. Los proyectos de artículo 8 (eficacia de una cesión) y 9 (momento de la cesión) se refieren a las expresiones crédito “existente” y “futuro”. El proyecto de convención no introduce ninguna limitación con respecto a los tipos de crédito futuro cuya cesión queda comprendida en ella. Toda la gama de créditos futuros queda, pues, comprendida en la definición, incluidos los condicionales (es decir, créditos que nazcan a raíz de un acontecimiento futuro que pueda o no tener lugar) y los puramente hipotéticos (es decir, créditos que nazcan de una actividad aún no iniciada por el cedente en el momento de la cesión). Pero el proyecto de artículo 8 introduce una limitación en cuanto a la eficacia de la cesión de un crédito futuro, al requerir que éste sea identificable, en el momento de la celebración del contrato de origen como un crédito objeto de la cesión. Satisfecho este requisito, el crédito futuro se considera transferido en el momento de la celebración del contrato de cesión. No obstante, este resultado no debe perjudicar los derechos de terceros (véase el párrafo 70).

“financiación por cesión de créditos”

51. Esta definición, que aparece entre corchetes, no ha sido adoptada por el Grupo de Trabajo (para una sugerencia de la Secretaría de suprimir esta definición y, posiblemente, mencionar la financiación por cesión de créditos en el preámbulo, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 al proyecto de artículo 5).

“escrito”

52. La definición tiene por fin abarcar otros medios de comunicación, aparte de los basados sobre 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, proporcionar una comunicación legible, autenticación y seguridades suficientes en cuanto a su integridad). Está inspirada en los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y refleja las dos diferentes nociones de “escrito” y “firma” (o “escrito firmado”).

53. El proyecto de convención exige un escrito para la notificación de la cesión y un escrito firmado para la renuncia del deudor a oponer excepciones (el proyecto de párrafo 3 de artículo 21 puede, sin embargo, tener que aclarar si se necesitan la firma del cedente y la del deudor o sólo la de este último; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación al proyecto de artículo 21). También se requiere la escritura para las declaraciones de los Estados y para ciertos actos relacionados con el registro. Este enfoque se basa en el supuesto de que hay que evaluar diferentemente la necesidad de mayores seguridades en cuanto a la autenticidad de las comunicaciones según sea el contexto en que se haga la comunicación.

54. Por “que se pueda” se quiere dar a entender que la comunicación es legible e interpretable; “utilizar” se refiere no sólo a la utilización por una persona física sino también por un ordenador; y “posteriormente como referencia” 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 en 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, párrafo 50). La firma se define con referencia a la identificación del firmante y la indicación de la aprobación por éste del contenido de la comunicación.

“notificación de la cesión”

55. Conforme al apartado f), una notificación satisface los requisitos de proyecto de convención cuando se hace por escrito y proporciona en grado suficiente una descripción de los créditos cedidos. En qué consiste una descripción suficiente es asunto que habrá que determinar en vista de las circunstancias. Sin embargo, suficiente abarcaría descripciones análogas a las siguientes: “todos mis créditos derivados de mi negocio de automóviles” y “todos mis créditos contra mis clientes en los países A, B y C”. No hay ningún requisito de que la notificación identifique a la persona a quien o por cuya cuenta, o la dirección a la que el deudor ha de pagar. En consecuencia, conforme al proyecto de convención, será eficaz una notificación que no contenga instrucciones de pago. Pero, dado que, conforme a él, una notificación cambia la manera como el deudor puede liberarse de su deuda, se alentaría a las partes que notifiquen al deudor a que incluyeran esa instrucción de pago en su notificación. 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 pueden ser enviadas por separado o en que varias personas pueden enviar varias comunicaciones al deudor.

“administrador de la insolvencia” y “procedimiento de insolvencia”

56. Los apartados g) y h) han sido inspirados por las definiciones de “procedimiento extranjero” y “administrador extranjero” que figuran en los apartados a) y d) del artículo 2 de la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza de la CNUDMI. Son también compatibles con los párrafos 1 y 2 a) y b) del artículo 1 del Convenio Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia. Al referirse a la finalidad de un procedimiento o a la función de la persona, en lugar de emplear expresiones técnicas que puedan tener significados diferentes en los 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 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”

57. Prelación, conforme al proyecto de convención, significa que una parte pueda satisfacer su reclamación con preferencia a otros reclamantes, bajo las condiciones implícitas de que exista una cesión válida entre el cedente y el cesionario y de que el cesionario haya otorgado crédito al cedente (sobre si la “prelación” comprende la cuestión de si un cesionario tiene una acción real o personal, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 3 al proyecto de artículo 5). Si la persona con prelación puede retener todo el producto del pago o traspasar a la siguiente persona en la línea de prelación o al cedente el saldo eventual después del pago de su reclamación, dependerá de si se trata de una cesión absoluta o de una cesión a título de garantía; esto puede dejarse para la ley aplicable fuera del proyecto de convención. La definición no se refiere al derecho al pago ya que, aunque esta expresión pueda ser apropiada para las cesiones a título de garantía, puede ser restrictiva en las cesiones absolutas en las que el cesionario pueda, por ejemplo, tener derecho a recibir las mercancías devueltas por el deudor al cedente. Con todo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si este asunto puede ser tratado mejor insertando en el apartado i) un texto como: “el derecho a ser pagada o a otra forma de cumplimiento”.

“ubicación”

58. El Grupo de Trabajo no ha llegado todavía a ninguna decisión sobre el significado de la noción de “ubicación” (para sugerencias de la Secretaría, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 10 al proyecto de artículo 5).

* * *

Artículo 6. Autonomía de la voluntad de las partes

REFERENCIAS

A/CN.9/432, párrs. 33 a 38

A/CN.9/434, párrs. 35 a 41

A/CN.9/445, párrs. 191 a 194

A/CN.9/456, párrs. 79 y 80

COMENTARIO

59. El artículo 6, inspirado en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980; denominada en adelante “Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa”) prevé el amplio reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Pero, a diferencia del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, el artículo 6 no permite al cedente ni al cesionario excluir en su totalidad el proyecto de convención. La razón de este método es que, dado que el proyecto de convención se refiere a los derechos de partes distintas del cedente y el deudor, una exclusión de la aplicación del proyecto de convención afectaría los derechos de terceros (es decir, en el contexto de un acuerdo entre el cedente y el cesionario, el deudor, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia y, en el contexto de un acuerdo entre el cedente y el deudor, el cesionario, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia). Semejante resultado no sólo iría más allá de toda noción aceptable de 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 de facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo y establecer, al mismo tiempo, un sistema adecuado de protección del deudor. Por tanto, el cedente y el cesionario pueden únicamente apartarse de lo dispuesto en los proyectos de artículo 13 a 16 y 27 o de excluirlo, mientras que el cedente y el deudor pueden libremente hacerlo respecto de los proyectos de artículo 17 a 23, en la medida en que no se perjudiquen los derechos del cesionario u otros terceros.

60. Como el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, el proyecto de artículo 6 exige un acuerdo, es decir, dos declaraciones de intención concordantes, para que se pueda eficazmente excluir en parte el proyecto de convención. Ese acuerdo puede ser explícito o implícito. Ejemplo típico de exclusión parcial implícita es cuando las partes se remiten a la ley de un Estado no Contratante o a la ley nacional de un Estado Contratante. La exclusión parcial es eficaz, si la elección de ley por las partes es válida conforme a las normas de derecho internacional privado del foro. Si la elección de ley es inválida, a falta de otra indicación, no cabe suponer generalmente que las partes se proponían excluir parcialmente la convención, prescindiendo de si su elección de ley era o no válida. Tampoco puede suponerse en general que, de haber las partes sabido que su elección de ley sería inválida, desearían que se aplicara a su contrato la ley propia de éste. Para ser eficaz, una exclusión parcial no requiere que las partes lleguen a un acuerdo sobre la ley aplicable a las materias respecto de las cuales han excluido disposiciones del proyecto de convención. En ese caso, habría que suponer que las partes no desean recurrir a la ley nacional sino que las eventuales lagunas se colmen de conformidad con el proyecto de párrafo 2 de artículo 7. Si las partes han acordado la ley aplicable a las cuestiones respecto de las cuales han excluido el proyecto de convención,

debe aplicarse esa ley de manera compatible con el proyecto de convención, a menos que la exclusión sea tan grande que una materia en particular ya no pueda considerarse comprendida en el proyecto de convención.

* * *

Artículo 7. Principios de interpretación

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

61. Este artículo, 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 7 se refiere a tres principios, es decir, 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 que interpretasen el 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. 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 del sitio web de la CNUDMI. <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).

62. Cabe aplicar la referencia a la buena fe no sólo a la interpretación del proyecto de convención sino igualmente a la conducta de las partes. No obstante, 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, el deudor supo de una cesión anterior; y se podría desechar la ley aplicable conforme al proyecto de artículo 24, si ésta no respetase el principio de la buena fe tal como puede ser entendido en el Estado del foro.

63. En cuanto a colmar lagunas, la norma es que, si las materias se rigen por el proyecto de convención (capítulo I) pero no están en él expresamente resueltas, tienen que decidirse 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 de convención (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 un asunto en particular; o si el asunto no se rige en absoluto por el proyecto de convención.

64. Las materias que no se rigen por el proyecto de convención y se dejan para otras leyes son: el significado de una cesión absoluta 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 si se necesita un nuevo acto de transferencia; las consecuencias de la inexactitud de las circunstancias declaradas por el cedente; en gran medida, la transferibilidad de un crédito (el proyecto de convención se ocupa de ella en cierta medida en cuanto especifica varios créditos que son cedibles, incluidos los créditos futuros y los créditos no determinados individualmente, y cuando trata de las limitaciones contractuales de la cesión, pero deja sin tratar otros tipos de crédito y otras limitaciones legales de la cesión); la cuestión de si el cedente responde ante el deudor de la cesión de sus créditos en violación de una cláusula contra la cesión; la obligación del deudor de pagar (el proyecto de convención menciona únicamente la liberación del deudor); la liberación del deudor por otros motivos que los especificados en el proyecto de convención (por ejemplo, por pagar al reclamante correcto cuando la notificación recibida no satisface los requisitos de proyecto del convención); las excepciones y derechos de compensación que el deudor pueda hacer valer contra el cesionario (el proyecto de convención dispone que el deudor tiene contra el cesionario las mismas excepciones y derechos de compensación de que dispondría contra el cedente, sin, empero, especificarlos); acuerdos entre el deudor y el cesionario por los que el deudor renuncie a sus excepciones y derechos de compensación respecto del cesionario; cuestiones de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos, entre el cesionario y el administrador de la insolvencia y entre el cesionario y los acreedores del cedente; y la cuestión de si el derecho del cesionario sobre el producto es personal o real.

65. Dada la posibilidad de que sea difícil determinar si una materia se rige por el proyecto de convención pero no está resuelta en él o no se rige en absoluto por el proyecto de convención, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si sería apropiado incluir en el proyecto de convención una disposición análoga al artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, en la que se enumerasen expresamente las materias que comprende.

66. El Grupo de Trabajo tal desee asimismo aclarar si las lagunas dejadas en las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención deben llenarse de conformidad con los principios sustantivos de derecho internacional privado o los subyacentes al proyecto de convención. A falta de esos principios, esas lagunas deberían llenarse de conformidad con el derecho internacional privado del foro.

* * *

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

COMENTARIO

67. El Grupo de Trabajo examinó una amplia variedad de requisitos de forma, desde la forma escrita (con requisitos de firma o sin ellos) hasta la ausencia de toda forma (también se examinó la posibilidad de dejar la materia para la ley aplicable fuera del proyecto de convención). Aunque la opinión ampliamente predominante fue que debían invalidarse las cesiones puramente verbales, por lo menos frente terceros, el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo sobre este asunto y decidió suprimir la disposición referente a la forma. El Grupo de Trabajo adoptó esta decisión en la inteligencia de que la materia se trata: con respecto a los intereses recíprocos del cedente y el cesionario, en el proyecto de artículo 6, que consagra la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a los intereses del deudor, en el proyecto de artículo 19 (a falta de notificación escrita de la cesión, no se ve afectado el derecho del deudor a cumplir su obligación de conformidad con el contrato original) y en el proyecto de artículo 19 (principio general de protección del deudor); y con respecto a los intereses de terceros, en los proyectos de artículo 24 a 26 (normas de prelación).

68. Sin embargo, en los proyectos de artículos 24 a 26 no queda claro que la ley de la ubicación del cedente rija la forma. Como consecuencia y dado que la validez formal es el requisito previo de la prelación, para asegurarse ésta, el cesionario tendría que satisfacer los requisitos de la ley del lugar donde se encuentra el cedente y la que rige la validez formal, cosa que puede ser difícil de determinar (para una sugerencia de la Secretaría de incluir en el texto una disposición de derecho internacional privado sobre la forma, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al capítulo III). Especificar la ley aplicable a la validez formal daría cierto grado de certeza. Pero dejaría para la ley aplicable: la cuestión de si serían válidas las cesiones puramente verbales, permitiendo así el posible abuso o la colusión fraudulenta entre un cesionario y el cedente, en particular en situaciones en las que este último pudiese llegar a ser insolvente. La cuestión de si hay que pagar derecho de timbre para que sea válido el contrato de cesión, lo que afectaría al costo general de la operación; y la cuestión de la forma de una cesión de créditos respaldada por un derecho de garantía, podrían estar sometidas a la ley que rigiese el derecho de garantía (sobre este asunto, véase el párrafo 93).

* * *

Artículo 8 Validez de las cesiones de créditos en bloque, las cesiones de créditos futuros y las cesiones parciales

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 45 a 60
A/CN.9/432, párrs. 93 a 112 y 254 a 258
A/CN.9/434, párrs. 122 y 124 a 127
A/CN.9/445, párrs. 112 a 214
A/CN.456, párrs. 93 a 97

COMENTARIO

Párrafo 1

69. Como cuestión de principio, el proyecto de artículo 8 da validez a las cesiones (es decir, transferencias, no contratos de cesión) de créditos futuros, créditos en bloque y de partes o de cuotas indivisas de créditos. Hay ciertas condiciones para este principio. Si bien la cesión es eficaz contra el deudor desde el momento en que se hace, antes

de recibir la notificación por escrito, el deudor puede negarse a pagar al cesionario y liberarse de su deuda pagando de conformidad con el contrato de origen (el deudor puede liberarse de su deuda pagando al cesionario, incluso antes de recibir la notificación escrita; pero, en ese caso, corre el riesgo de tener que pagar dos veces, si luego resulta que no se ha verificado la cesión)

70. Una segunda condición para el antes mencionado principio es que la eficacia de una cesión frente a terceros se deja para la ley aplicable a la prelación conforme a los proyectos de artículo 24 a 26. De esta manera, el proyecto de artículo 8 no se propone: dar por válida la primera cesión e invalidar toda cesión posterior de los mismos créditos por el mismo cedente; ni garantizar que el cesionario prevalecerá sobre un administrador de la insolvencia sólo por que la cesión haya tenido lugar antes de la fecha efectiva del procedimiento de insolvencia. Para evitar que la eficacia de futuras cesiones quedase involuntariamente del todo librada a la ley aplicable a la prelación, el Grupo de Trabajo decidió suprimir en el proyecto de artículo 8 palabras que lo habrían supeditado, así como el proyecto de artículo 9, a los proyectos de artículos 24 a 26. Esta decisión se adoptó en la inteligencia de que la aplicación combinada de los proyectos de artículo 8 a 12 y 24 a 26 llevaría al mismo resultado, a saber que las disposiciones de capítulo III no tienen por fin afectar a cuestiones de prelación, ya que éstas se tratan en los proyectos de artículo 24 a 26.

“créditos existentes o futuros”

71. La cesión en bloque de créditos futuros ocupa un lugar central en las modernas prácticas de financiación por cesión de créditos. Existe, con todo, una gran incertidumbre en cuanto a la validez de esas cesiones. Por consiguiente, el proyecto de convención hace apreciable hincapié en la eficacia de la cesión de créditos futuros y, en particular, de las cesiones en bloque. En una etapa temprana de su labor, el Grupo de Trabajo observó que la validez de la cesión de créditos condicionales y de créditos puramente hipotéticos podría tener como consecuencia que una entidad comercial asignase todos sus créditos por la duración íntegra de su existencia, práctica que podría estar en conflicto con el orden público de otros países (en cuanto a la gama de créditos futuros comprendida, véase el párrafo 49). No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que una exclusión general del ámbito del proyecto de convención de los créditos condicionales o hipotéticos podría obstaculizar prácticas importantes, como las que entrañan la cesión de la corriente de tesorería de un proyecto de infraestructura pública para fines de financiación. Tras haber examinado cuidadosamente el asunto, el Grupo de Trabajo decidió introducir el requisito, contenido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8, de que los créditos han de ser identificables en el momento en que nazcan, es decir, cuando se celebre el contrato original) como créditos objeto de la cesión. Este requisito tiene por fin el reconocer como corresponde, por un lado, de la necesidad económica de que se permitan las cesiones en bloque de diversos tipos de crédito futuro y, por otro, la necesidad de proteger a los cedentes contra los riesgos que podrían resultar de una libertad ilimitada de ceder todos los créditos futuros concebibles.

“uno o más”

72. Aunque el proyecto de convención se centra en la cesión de un gran volumen de créditos de escaso valor (que intervienen como por ejemplo, en el facturaje de créditos comerciales o en la bursatilización de créditos de tarjetas de crédito) se reconoce igualmente como válida la cesión de créditos individuales de gran valor (que intervienen, por ejemplo, en los préstamos mancomunados) (en cuanto a si las cláusulas contra la cesión y las cuestiones de prelación deben tratarse de manera diferente en el caso de una cesión de créditos singulares, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 7 al proyecto de artículo 4).

“será válida”

73. El resultado de la eficacia de una cesión dependerá de si se trata de una cesión absoluta o de una cesión a título de garantía, asunto que se deja para la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En el caso de una cesión absoluta, “será válida” significa que la cesión transfiere la plena propiedad del crédito. Esto quiere decir: que el cesionario tiene derecho a retener cualquier excedente después de satisfacer su reclamación contra el cedente; y que, en el caso de incumplimiento del deudor, el cesionario no puede recurrir contra el cedente. En el caso de una cesión

a título de garantía, “será válida” significa: que el cesionario debe hacer llegar al reclamante siguiente en la línea de prioridad o al cedente el saldo excedentario; y que, si el deudor no paga, el cesionario puede dirigirse contra el cedente y pedir el pago del crédito o los servicios prestados al cedente a cambio de los créditos cedidos.

74. Por lo que se refiere a la expresión, la palabra “válida” se estimó preferible a la palabra “eficaz”, ya que: “válida” refleja de manera más exacta la idea de eficacia *erga omnes*; y “eficaz” no se entiende en todas partes de la misma manera.

“descritos”

75. 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, sería suficiente 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”

76. 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.

Párrafo 2

77. Con miras a agilizar el proceso de préstamo y reducir el costo de la operación, el párrafo 2 dispone, en efecto, que basta un acuerdo maestro para transferir derechos sobre una masa de créditos futuros. Si se exigiera un nuevo documento cada vez que nace 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.

78. Conforme al párrafo 2, donde se dispone que basta el acuerdo maestro para transferir una masa de créditos futuros, y al proyecto de artículo 9, que dispone que un crédito futuro se transfiere en el momento de la concertación del contrato de cesión, los derechos sobre créditos futuros se transfieren directamente al cesionario sin pasar por el patrimonio del cedente. Sin embargo, la cuestión de si la cesión es eficaz frente a los acreedores del deudor o el administrador de la insolvencia es asunto que deberá resolverse de conformidad con la ley que rija la prelación según disponen los proyectos de artículo 24 a 26.

* * *

Artículo 9 . Momento de la cesión

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 y 108 y 115 a 221
A/CN.9/445, párrs. 221 a 226
A/CN.9/456, párrs. 61 a 68 y 98 a 103

COMENTARIO

79. El proyecto de artículo 9 tiene por fin: reconocer el derecho del cedente y el cesionario a acordar el momento en que se transfiere un crédito, siempre que el acuerdo no afecte negativamente a los derechos de terceros; fijar una norma supletoria 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 6, 8, 19 y 24 a 26.

80. El proyecto de artículo 9 reconoce y, al mismo tiempo, limita la autonomía de la voluntad de las partes. El momento especificado por el cedente y el cesionario vincula a terceros, asunto que puede no quedar lo suficientemente claro en el proyecto de artículo 6. No obstante, para que tal acuerdo obligue a terceros, 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 proyecto de artículo 6, ya que un acuerdo que fijase un momento anterior podría afectar el orden de prelación entre diversos reclamantes.

81. 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, se crea una ficción legal con respecto a los futuros (es decir, créditos 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 transferencia se retrotraería al de la celebración del contrato de cesión. Ese enfoque tiene por fin facilitar la movilización por el cedente de créditos futuros con el objeto de obtener crédito o servicios conexos de bajo costo.

82. Aunque el proyecto de artículo 9 fija el momento de la transferencia de un crédito, no tiene por objeto establecer una norma de prelación en la que se afirme que una cesión es eficaz frente a terceros en el momento en que se hace, ya que esa norma sería incompatible con los proyectos de artículo 24 y 26. Si los créditos futuros se transfiriesen efectivamente frente a terceros en el momento en que se cediesen, serían eliminados de la masa de la insolvencia o quedarían sometidos a un derecho de garantía independientemente de todo acto de publicidad requerido por la ley que rigiera la prelación.

* * *

Artículo 10. Limitaciones contractuales de la cesión

REFERENCIAS

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

COMENTARIO

83. El principal objetivo del proyecto de artículo 10 es hacer válidas las cesiones a pesar de que en el contrato de origen, en el contrato de cesión o en cualquier contrato de cesión posterior haya una cláusula de intransferibilidad. 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 tendrá que pagar a una persona distinta del acreedor original (cedente).

Las cláusulas de intransferibilidad pueden anular completamente la finalidad de una operación de financiación o servicios conexos, ya que pueden invalidar cesiones o, por lo menos, elevar el coste de una operación en la medida en que los financieros tendrían que examinar un número posiblemente grande de contratos para asegurarse de que no contienen ese tipo de cláusulas. En sus consideraciones, el Grupo de Trabajo tuvo en cuenta que los pequeños deudores, como los consumidores, no se verían negativamente afectados por esa norma, ya que normalmente no tienen el poder de negociación necesario para insertar en sus contratos cláusulas de intransferibilidad, y en cualquier caso continuarían a menudo pagando a la misma cuenta bancaria o al mismo apartado de correos, cuyo control pasaría del cedente al cesionario sin que los deudores se enterasen. El Grupo de Trabajo consideró además que, fuera como fuese, el proyecto de artículo 10 no afectaría a los intereses de los deudores consumidores en la medida en que serían objeto de limitaciones legales contenidas en las normas de protección del consumidor, ya que el proyecto de artículo 10 no se refería a las limitaciones legales. Con respecto a los grandes deudores, el Grupo de Trabajo consideró que no se verían negativamente afectados con la norma contenida en el proyecto de artículo 10, ya que tienen suficiente poder de negociación y pueden cuidar de sus propios intereses. El Grupo de Trabajo pensó asimismo que el proyecto de artículo 10 establecía una norma apropiada al no permitir que esos grandes deudores impidieran a las empresas pequeñas y medianas obtener crédito o servicios de bajo costo sobre la base de sus créditos. El proyecto de artículo 12 introduce una excepción con respecto a los deudores soberanos (véanse los párrafos 94 a 96; para otras posibles excepciones, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 7 al proyecto de artículo 4).

84. El proyecto de artículo 10 tiene, pues, por fin dar al cesionario una posición de prelación frente a los acreedores del cedente en caso de incumplimiento del cedente y permitir al cesionario cobrar directamente del deudor, sin, empero, privar al deudor de sus derechos y excepciones o de toda acción que le pueda corresponder contra el cedente por incumplimiento de contrato o incluso contra el cesionario por responsabilidad extracontractual. Este método constituye una transacción entre ordenamientos jurídicos que invalidan las cesiones que violan las cláusulas de intransferibilidad y ordenamientos que invalidan esas cláusulas. Trata así de contrapesar la necesidad de preservar la autonomía de la voluntad de las partes con la de facilitar las operaciones de financiación y servicios conexos en interés del comercio en general. El Grupo de Trabajo reconoció que invalidar las cláusulas de intransferibilidad conservaría más eficazmente los intereses del cesionario y que éste quedaría protegido del riesgo de incurrir en alguna responsabilidad y del de que el contrato de origen pudiese ser declarado nulo por el deudor por incumplimiento de una cláusula de ese tipo. Sin embargo, se estimó generalmente que un enfoque basado en la invalidación de las cláusulas de intransferibilidad entorpecería en exceso la autonomía de la voluntad de las partes y rompería el equilibrio de los intereses en medida inconveniente a favor del cesionario. Por otra parte, en un esfuerzo por dar un paso adelante en dirección de la protección del deudor, el Grupo de Trabajo examinó igualmente la posibilidad de permitir que el deudor continuase con sus pagos de conformidad con el contrato de origen. Ese método permitiría al cesionario prevalecer en un conflicto de prelación con los acreedores del cedente, pero privaría al cesionario del derecho a demandar el pago del deudor. El Grupo de Trabajo observó que, conforme al artículo 16 de las Costumbres del Facturaje Internacional promulgadas por Factors Chain International, en el caso de una cláusula de intransferibilidad, se permite al cedente recibir los pagos como mandatario del cesionario. Si bien se reconoce que esa norma podría ser aceptable dentro de grupos de instituciones que suscriban el mismo código de conducta, el Grupo de Trabajo decidió no extender su aplicación a otras prácticas, dado que privar al cesionario del derecho a reclamar el pago del deudor aumentaría el riesgo de impagado y, por lo tanto, el costo del crédito.

85. No se obstaculiza ninguna responsabilidad contractual que pueda pesar sobre el cedente frente al deudor, conforme a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, por hacer una cesión en violación de una cláusula de intransferibilidad. Por definición, el cesionario no puede tener una responsabilidad contractual por incumplimiento de un contrato en el que no es parte. Tampoco afecta la responsabilidad extracontractual que el cesionario pueda tener frente al deudor, conforme a otra ley. En este contexto, el Grupo de Trabajo convino en que debía sancionar el comportamiento malicioso por parte del cesionario y en que el mero conocimiento de la existencia de una cláusula de intransferibilidad no sería suficiente para demostrar la responsabilidad del cesionario. Penalizar al cesionario por aceptar una cesión a sabiendas de la existencia de la cláusula tendría como consecuencia involuntaria estimular al cesionario a que evitase el criterio de la debida diligencia. Si el cesionario fuese diligente, buscaría la cláusula de

intransferibilidad y no aceptaría los créditos o los aceptaría por un valor sustancialmente reducido en vista del elevado riesgo de impagados (para una sugerencia de la Secretaría sobre las maneras como se podría expresar explícitamente esta idea en el proyecto de artículo 10, véase el documento A/CN.9.WG.II/WP.104, observaciones 2 y 3 al proyecto de artículo 10).

86. El proyecto de artículo 10 se complementa con un régimen legal por el que se introducen en el proyecto de convención normas suficientemente exigentes de protección del deudor. Aparte de tener que pagar al cesionario (en el país y en la moneda estipulada en el contrato original), la posición jurídica del deudor no se ve afectada por el proyecto de convención (proyecto de artículo 17). La notificación de la cesión puede poner término únicamente a los derechos de compensación del deudor que deriven de contratos distintos del contrato de origen. Este resultado sería aceptable, ya que el deudor sería consciente de este efecto de una notificación y podría planificar en consecuencia. El deudor puede, por ejemplo, evitar incurrir en ulteriores obligaciones. En situaciones excepcionales, en las que, por ejemplo, una cesión en violación de una cláusula de intransferibilidad constituye un incumplimiento fundamental del contrato de origen, el deudor puede incluso declarar rescindido el contrato de origen. Pero esa rescisión del contrato, que privaría al cesionario del derecho a exigir el pago del deudor, debería ser posible sólo en circunstancias excepcionales. De no ser así, el riesgo de que el contrato quedase resuelto podría en sí mismo tener una repercusión negativa sobre el costo del crédito. En situaciones análogas, el deudor podría recuperar sus pagos del cedente pero no del cesionario (proyecto de artículo 23). Este resultado es inconveniente, ya que, a falta de cesión, el deudor soportaría el riesgo de insolvencia de su cocontratante. Además, los bienes devueltos por el deudor después de la rescisión del contrato original irían a parar a manos del cesionario que hubiese ofrecido una compensación al cedente a cambio de los créditos cancelados. En el bien entendido de que el proyecto de convención introducía un régimen jurídico con normas suficientemente exigentes en materia de protección del deudor, el Grupo de Trabajo decidió que no debía permitirse a los Estados ninguna reserva con respecto al proyecto de artículo 10 (para una excepción con respecto a los deudores soberanos, véase una sugerencia de la Secretaría con respecto al proyecto de artículo 12 en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 12. Para llegar a esta conclusión, el Grupo de Trabajo tomó en cuenta que los Estados que consideren la posibilidad de aprobar el proyecto de convención tendrían que ponderar los posibles inconvenientes para el deudor de tener que pagar a una persona diferente y la ventaja de una mayor accesibilidad del crédito de bajo costo para deudores y cedentes, lo que podría estimular la economía en general.

87. El proyecto de artículo 10 se aplica a toda cláusula contractual que limite de alguna manera la cesión (y no sólo las cláusulas que la prohíben) pero no se aplica 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). En cuanto a las limitaciones legales, el Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de ocuparse de ellas dando por válida la cesión, a la vez que se permitía al deudor liberarse pagando de conformidad con el contrato original. Esa solución permitiría al cesionario prevalecer sobre otros acreedores del cedente en caso de incumplimiento de éste, protegiendo a la vez los intereses del deudor. Sin embargo, el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo ya que no le fue posible encontrar una manera de distinguir entre limitaciones legales dirigidas a proteger al deudor (por ejemplo, por las que se prohíbe la cesión de créditos debidos por deudores soberanos) y limitaciones legales dirigidas a proteger al cedente (por ejemplo, por las que se prohíbe la cesión de salarios).

88. El proyecto de convención ya ha dejado empero, de lado las limitaciones legales de la cesión, en la medida en que se refieren a créditos futuros o cesiones en bloque. Por tanto, el Grupo de Trabajo tal vez desee asegurarse, por ejemplo, de que el proyecto de artículo 8 no se refiere a salarios futuros. Además, el Grupo de Trabajo puede que quiera examinar una regla limitada relativa a las limitaciones legales orientadas a proteger al deudor. Esa norma podría, por ejemplo, validar una cesión entre el cedente y el cesionario y frente a terceros, pero no frente al deudor. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de introducir la misma norma para las cesiones de créditos individuales (que serían normalmente créditos de gran valor), en los que la aplicación del criterio de la debida diligencia no entrañase el riesgo de aumentar el costo del crédito. Esa solución podría atender a la necesidad de, por ejemplo, hacer cesiones en préstamos mancomunados y compartidos a reserva del consentimiento del deudor

(para un análisis de los posibles criterios con respecto a esas prácticas, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 7 al proyecto de artículo 4 y observación 1 al proyecto de artículo 10.

* * *

Artículo 11. Transferencia de derechos de garantía

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

89. El proyecto de artículo 11 refleja el principio generalmente aceptado de que los derechos accesorios de garantía se transfieren automáticamente con los créditos que garantizan. La cuestión de carácter accesorio o independiente del derecho de garantía y los requisitos sustantivos o de procedimiento que deben llenarse para la creación de ese derecho de garantía se dejan para la ley que rige ese derecho. El proyecto de artículo 11 no trata de especificar la ley aplicable a los derechos de garantía, teniendo presente la amplia gama de derechos que debe abarcar (inclusivo, por ejemplo, fianzas, prendas e hipotecas) y las amplias divergencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos a este respecto.

90. La disposición reconoce además el derecho del cedente y el cesionario a convenir en que un derecho accesorio no se transfiera al cesionario y quede por lo 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 seguros en el caso de inmuebles o almacenamiento y costos de seguro en el caso de equipo). El proyecto de artículo 11 crea asimismo para el cedente la obligación de transferir al cesionario todo derecho independiente que garantice el pago de los créditos cedidos, así como el producto del ejercicio de ese derecho. Con respecto a las garantías independientes o cartas de crédito contingente, esta disposición se basa en la inteligencia de que el derecho a exigir el pago de garante/emisor no es un crédito. Por consiguiente, los derechos del garante/emisor no se ven afectados por la cesión de la promesa independiente, mientras que el cesionario tiene un derecho sobre el producto, de particular importancia en el caso de insolvencia del cedente.

91. El párrafo 2 tiene por fin asegurarse de que una cláusula de intransferibilidad acordada por el cedente y el deudor u otra persona que otorgue un derecho de garantía no invalidará la cesión. Conforme al párrafo 3, no se ve afectada ninguna responsabilidad que el cedente pueda tener por incumplimiento de contrato, conforme a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, pero la responsabilidad no se extiende al cesionario (este enfoque es compatible con el adoptado en el proyecto de artículo 10). La política subyacente es que los derechos de garantía deben tratarse con respecto a las cláusulas de intransferibilidad de la misma manera que los créditos, ya que a menudo el valor que tiene en cuenta el cesionario se refiere al derecho de garantía y no al crédito mismo. Por ejemplo, en la bursatilización en la que los créditos son cedidos del acreedor original a un vehículo para un fin especial íntegramente de propiedad del acreedor original, el valor que tienen en cuenta los inversionistas que compran valores emitidos por el vehículo para fines especiales y respaldados por los créditos puede ser el de la garantía del cedente. No obstante, en el caso de terceros garantes soberanos, en armonía con el proyecto de artículo 12, la cláusula de intransferibilidad convierte a ésta en ineficaz, pero sólo frente al tercero garante soberano.

92. 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.

93. 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 efectiva transferencia 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). Sin embargo, si el Grupo de Trabajo incluye una norma sobre la forma de cesión, sometiendo ésta a la ley de la ubicación del cedente (véase la sugerencia de la Secretaría en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al capítulo III), 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).

* * *

Artículo 12. Limitaciones relativas a los gobiernos y otras entidades públicas

REFERENCIAS

A/CN.9/432, párr. 117

A/CN.9/455, párr. 48

A/CN.9/456, párrs. 115 y 116

COMENTARIO

94. El proyecto de artículo 12 tiene por fin asegurarse de que los deudores soberanos no se vean afectados por las cesiones hechas en violación de cláusulas de intransferibilidad que figuren en contratos de adquisiciones públicas u otros análogos. El Grupo de Trabajo decidió adoptar este criterio para no reducir la aceptabilidad del proyecto de convención para los Estados que no pudiesen proteger sus intereses por medio de una limitación legal.

95. Como consecuencia del proyecto de artículo 12, una cesión de créditos debidos a un deudor soberano no es eficaz frente a éste, el cual puede continuar pagando de conformidad con el contrato de origen. Además, no se ven afectadas las excepciones y derechos de compensación del deudor soberano, ya sea que nazcan del contrato original o de cualquier otro contrato. No obstante, la cesión sigue siendo eficaz frente al cedente y los acreedores del cedente, lo que es de particular importancia en caso de insolvencia de éste.

96. El Grupo de Trabajo debe determinar aún el alcance exacto del proyecto de artículo 12, a saber, si ha de aplicarse a las cesiones de créditos derivados de contratos celebrados por el Gobierno central, las autoridades locales, las empresas de propiedad pública o las autoridades que actúen con carácter comercial (sobre este asunto, así como sobre la cuestión de convertir el proyecto de artículo 12 en una reserva, véanse las sugerencias de la Secretaría en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 12).

* * *

