



COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
32º período de sesiones
Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000

PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS [CON FINES DE
FINANCIACIÓN] [EN EL COMERCIO INTERNACIONAL]

Compilación de observaciones presentadas por los gobiernos y las organizaciones internacionales

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<u>Estados</u>	
Suiza	2
Túnez	5
<u>Organizaciones internacionales</u>	
Commercial Finance Association	7
Federación Bancaria Europea	9
Financial Markets Lawyers Group	16
Europafactoring	17
Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)	21

Estados

SUIZA

[Original: inglés]

I. OBSERVACIONES GENERALES

Nos es grato referirnos a la nota del Secretario General de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1999, relativa al Proyecto de Convención sobre la Cesión de Créditos. Agradecemos la oportunidad de poder comentar el texto del proyecto de Convención, y observamos con satisfacción que el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales de la CNUDMI ha efectuado una excelente labor. En particular, cabe esperar que el proyecto de Convención eliminará ciertos obstáculos que dificultan la financiación mediante la cesión de créditos transfronteriza y facilitará dichas operaciones. El proyecto de Convención ha suscitado una reacción inicial favorable en el mercado, lo que indica que el régimen uniforme que en ella se enuncia corresponde a las necesidades prácticas.

Observamos asimismo que el proyecto de Convención se ocupa de todos los aspectos de la cesión transfronteriza desde una perspectiva integradora. Observamos, no obstante, que la falta de una regla relativa a la forma que ha de revestir la cesión tendría un efecto perturbador grave sobre las prácticas comerciales internacionales. Somos conscientes de que la cuestión ha sido debatida a fondo, sin que el Grupo de Trabajo haya podido llegar a una solución por vía de avenencia. Ahora bien, en vista de la importancia relativa de esta cuestión, veríamos con agrado cualquier sugerencia que se hiciera para resolverla, incluida la de ofrecer a los Estados contratantes la posibilidad de optar por soluciones tan diversas como la forma escrita o la ausencia total de forma.

Nos limitaremos en nuestras observaciones a las cuestiones sobre las que ha de pronunciarse la Comisión, en su próximo período de sesiones, que aparecen enumeradas en la nota del Secretario General anteriormente mencionada.

Título/Preámbulo

Respecto del título, se aducen buenos argumentos a favor de cada una de las tres opciones, pero ninguna de ellas está libre de inconvenientes. Es importante que se elija un título que refleje la amplitud de alcance del régimen de la Convención respecto de la cesión internacional de los créditos comerciales. Ese título no debe dar la impresión de que alguna práctica importante de ese comercio pueda quedar excluida de su ámbito de aplicación. Preferiríamos, por ello, un título que no diera en nada la impresión de que el ámbito del proyecto de Convención pueda quedar limitado a la cesión de créditos con fines de financiación, es decir, un título que dijera algo así como: “Convención sobre la Cesión de Créditos”.

Sería, no obstante, conveniente que se aludiera a una de las principales metas del proyecto de Convención, a saber, la de facilitar la obtención de crédito para fines financieros mediante la cesión de créditos comerciales. Esa alusión debería hacerse en el preámbulo y tal vez también en el comentario del proyecto de Convención. Desearíamos por ello que se retuviera la mención que se hace a la financiación mediante la cesión de créditos en el preámbulo, así como los ejemplos de ciertas prácticas financieras al respecto que se dan en el párrafo tercero. Cabría además explicitar algo más este importante aspecto en el futuro comentario de la Convención.

No se utiliza ya el término “cesión de créditos para fines de financiación” en la parte normativa de la Convención, es decir, en ninguna parte de la misma que no sea el Preámbulo. Debe, por ello, suprimirse la definición correspondiente que figura en el artículo 6 c).

Ámbito de aplicación del capítulo V (artículo 1 3))

Se ha debatido a fondo la necesidad, y el eventual alcance, de las reglas de derecho internacional privado enunciadas en el capítulo V. Sin embargo, la mayoría de las delegaciones se mostraron favorables a que se incluyera ese régimen en el proyecto de Convención, por no tener en muchos ordenamientos ninguna regla de derecho internacional privado relativa a la cesión. De este enfoque se ha de deducir necesariamente que el capítulo V deberá ser aplicable con independencia de si el cedente o el deudor están o no ubicados en un Estado contratante. Sería, sin duda, difícil justificar la retención de este capítulo para el único fin de colmar eventuales lagunas en el régimen de la Convención, con arreglo a lo previsto en el artículo 8 2).

Por ello mismo, desearíamos, en principio, que se quitaran los corchetes que engloban al artículo 1 3). No obstante, debe tenerse presente la índole algo independiente del capítulo V que constituye de hecho un convenio aparte en el seno del proyecto de Convención. Esta independencia de su régimen quedaría mejor reflejada si se adoptara un mecanismo de remisión expresa al capítulo V, en vez del mecanismo de exclusión expresa actualmente previsto en los artículos 1 3) y 37.

Créditos financieros (artículo 5)

Es esencial satisfacer las necesidades específicas de la industria de servicios financieros respecto de ciertas cesiones a las que se recurre en la práctica bancaria internacional. La cuestión está en saber si deben excluirse esas prácticas del ámbito propio del régimen de la Convención o si deben incorporarse a la misma reglas especiales al respecto. Si bien se estimó, al iniciarse la labor del Grupo de Trabajo, que el proyecto de Convención debería referirse esencialmente a los créditos comerciales, disponemos actualmente de un texto que serviría para regular todo tipo de operaciones comerciales y que satisface en gran medida los intereses de la industria de servicios financieros. Parece, por ello, apropiado incluir en su régimen un juego especial de reglas, conforme al modelo del artículo 5, que responda a las diferencias observables en las cesiones efectuadas en la práctica bancaria respecto de las cesiones de créditos comerciales. Por razones de coherencia, conviene que las excepciones que se hagan al régimen general sean pocas y claras. La variante B parece responder mejor a estos criterios. La variante A está formulada en términos poco claros que pudieran dar lugar a problemas de interpretación, aun cuando introduzca menos excepciones al régimen de la Convención que la variante B. Si bien deseamos que se mantenga el artículo 5 en general y su variante B en particular, estimamos no obstante preferible definir los créditos no comerciales en sentido positivo y no meramente negativo como se hace en el artículo 6 1). Somos plenamente conscientes de la dificultad de formular una definición que sea lo bastante amplia para abarcar las prácticas bancarias no sólo actuales sino también futuras. Ahora bien, opinamos que este asunto bien merece ser considerado más a fondo por la Comisión.

Definición de “ubicación” (artículo 6 i))

La definición de “ubicación”, como factor de conexión, ha sido objeto de profundo desacuerdo y de prolongado debate entre las delegaciones. Ello parece sugerir que ninguna solución está totalmente exenta de inconvenientes. Ahora bien, cabe señalar una serie de elementos que son necesarios para que la Comisión llegue a un consenso. Uno de ellos sería la necesidad de disponer de criterios objetivos para determinar la ubicación a efectos de la prelación. Para que los ordenamientos que impongan un requisito de publicidad, basado en la inscripción registral funcionen con eficiencia, es preciso que los terceros puedan conocer sin dificultad el lugar donde deben efectuar la inscripción o la búsqueda. Otro elemento sería la necesidad de que haya cierta flexibilidad en la determinación de la ubicación del deudor para los fines de la aplicación del régimen de la Convención. Otro sería evitar toda innovación innecesaria respecto de otros regímenes uniformes.

El artículo 6 i) satisface la mayoría de estos requisitos y constituye por ello una buena base para proseguir el debate. Ahora bien, no nos convence la idea de formular reglas especiales para definir la ubicación de las sucursales de bancos. En primer lugar, no parece claro que esas reglas sean necesarias. En segundo lugar, cualquier regla especial que se formule deberá satisfacer, en todo caso, los criterios anteriormente expuestos, particularmente el de que, para los fines del orden de prelación que establezca la Convención, deberá definirse la ubicación en función de un criterio objetivo. Toda definición que dependa de una anotación en los libros de un banco no cumple con este requisito.

Producto (artículo 26)

Con respecto al artículo 26 relativo al régimen aplicable al producto, compartimos el parecer de que la noción de producto tiene una sólida base comercial, por lo que deberá ser abordada en el régimen de la Convención. Ahora bien, en su formulación actual los artículos 24 y 26 crearían confusión e incertidumbre. Convendría aclarar, en particular, la relación entre los artículos 24 b) y 26. El artículo 24 b) se ocupa del producto del crédito cedido y del orden de prelación entre los derechos sobre ese producto por medio de una regla de conflictos de leyes que supedita “la existencia y el alcance de los derechos ... sobre el producto ..., y la prelación ... sobre ese producto” a la ley del Estado en donde esté ubicado el cedente. El artículo 26 se ocupa, al parecer, de esas mismas cuestiones por medio de una regla de derecho sustantivo. Efectivamente, el artículo 26 enuncia una regla uniforme aplicable a una cuestión que a tenor del artículo 24 b), se deja al arbitrio del derecho interno del Estado en donde esté situado el cedente. Por ello, ambas reglas se ocupan de una misma cuestión desde un ángulo contradictorio, por lo que hará falta alguna aclaración adicional. Cabría aclarar esta cuestión dejando la existencia y el alcance de los derechos sobre el producto al arbitrio de la ley del Estado donde esté situado el cedente, pero exigiendo que ese Estado reconozca como mínimo los derechos sobre el producto que se reconocen en el artículo 26, es decir, que interpreten esta disposición como regla mínima. De ello resultaría que no se vería afectado ningún ordenamiento que reconozca más ampliamente esos derechos.

Más aún, aun cuando la noción de producto sea plenamente conforme a la práctica comercial, aconsejamos firmemente que se evite el término “producto”. Este término dimana claramente de los ordenamientos del “*common law*”. Como cuestión de principio, un texto de derecho uniforme no debe emplear terminología que tenga un sentido inequívoco en un determinado ordenamiento jurídico, ya que los usuarios pertenecientes a este ordenamiento acostumbran a olvidarse de que se trata de una regla de derecho uniforme, mientras que los usuarios de otros ordenamientos pueden tener dificultades en comprenderla. Convendría sustituir el término “producto” por términos como el de “pago” o “sustituto”.

TÚNEZ

[Original: árabe]

Título

Como se indica en su ámbito de aplicación, el proyecto de Convención regula las cesiones por vía de venta (para fines de financiación, es decir remuneradas en efectivo) y las cesiones por vía de garantía (a fin de obtener crédito financiero). La referencia en el título al término “financiación” no refleja adecuadamente el ámbito del proyecto de Convención, ya que su régimen no está limitado a las cesiones para fines financieros (con remuneración en efectivo). Por ello, sería preferible el título “Cesión de Créditos en el Comercio Internacional”, particularmente en razón de que alude plenamente al ámbito y los objetivos del proyecto de Convención. Sería aconsejable adoptar ese título y excluir del mismo toda referencia a la cesión de créditos con fines de financiación. Ahora bien, debe observarse que, en caso de retenerse la referencia a los fines de financiación, sería preferible reformular el título (en la versión inglesa) como sigue: “Cesión de Créditos con Fines de Financiación”. Esa fórmula sería más adecuada y correspondería mejor a la versión francesa (“*cession de créances à des fins de financement*”).

Preámbulo

Convendría sustituir en el segundo apartado la palabra “incertidumbre” por “falta de claridad”. En el tercer apartado del preámbulo se sugiere mantener las palabras “cesión de créditos” seguidas por “con fines de financiación”. La primera fórmula escueta: “cesión de créditos” sería, no obstante, preferible, ya que daría margen para abarcar también la cesión de créditos para fines de obtener remuneración, y no sólo crédito. En el quinto apartado sería aconsejable sustituir las palabras “a tipos de interés menos onerosos” por “a un costo menos oneroso” a fin de evitar la repetición que supone (en la versión árabe) el empleo del verbo “facilitará” y las palabras “menos oneroso”. Con ese cambio se daría mayor precisión al sentido de ese apartado.

Ámbito de aplicación (artículos 1, 2 y 3)

Debería sustituirse en el párrafo 2) del artículo 1, la expresión “a menos” por las palabras “sí [el deudor] no está [situado] ...”. En el párrafo 4), parece haber un error en la numeración del artículo al que se hace revisión, que debería ser 40 y no 36.

Los artículos 2 y 3 definen respectivamente la cesión y la internacionalidad. Al no guardar, ninguno de los dos relación alguna con el ámbito de aplicación, sería aconsejable insertar su contenido entre las definiciones que se dan en el artículo 6. Convendría simplificar el texto del apartado a) del artículo 2 expresando su contenido en los términos como los siguientes: “La creación de derechos sobre créditos, efectuada a título de garantía por una deuda u otra obligación, será tenida por una cesión”.

Definiciones (artículo 6)

En el apartado e), siguiendo la tendencia legislativa actual, que autoriza el recurso a medios de comunicación modernos, sería aconsejable sustituir las palabras “comunicación escrita” por “información consignada en alguna forma escrita que sea verificable”. Debería reformularse el apartado j) como sigue: “por ‘Ley’ se entenderá el derecho en vigor en un Estado, con exclusión de las normas de derecho internacional privado”.

Validez de una cesión (artículo 10)

Convendría sustituir las palabras “en el momento de celebrarse el contrato de cesión” por “en la fecha en que se concluya el contrato de cesión”.

Garantías implícitas del cedente (artículo 14)

Debería reformularse el párrafo 2) como sigue: “Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente no se constituirá en garante de que el deudor se liberará mediante pago de su obligación o de la solvencia financiera del deudor para efectuar el pago.”

Orden público (artículo 25)

Convendría sustituir en el párrafo 1) las palabras de la versión árabe “la política pública del Estado del foro por “el orden público del Estado del foro”, al igual que aparece en la versión francesa.

Ley aplicable a la relación entre el cedente y el cesionario (artículo 28)

Debería reformularse el párrafo 3 como sigue: “Si el contrato de cesión sólo está vinculado con un solo Estado, la selección por el cedente y el cesionario de la ley de otro Estado no será óbice para la aplicación de la ley del Estado con el que esté vinculada la cesión, cuando el régimen de la competencia jurisdiccional del foro [no permita la selección por vía contractual de la ley aplicable] [no permita que la aplicación de su derecho interno sea excluida por acuerdo entre las partes].”

Ley aplicable a la prelación (artículo 30)

Este artículo repite el contenido y la forma de lo ya dispuesto en los artículos 24 y 25, por lo que debe ser suprimido.

Aplicación del anexo (artículo 40)

Parece haber un error en la versión árabe de este artículo. Debería hacerse remisión a la secciones I y II o a la sección III del anexo, y no del proyecto de Convención. Insértense, por ello, en esa versión antes de las palabras “la presente Convención” las palabras [del anexo de].

Artículo 43

En el párrafo 3), deben sustituirse las palabras “efectuadas ... en la propia fecha de la entrada en vigor de la Convención” por las palabras “efectuadas a partir de la fecha en que entre el vigor la presente Convención”.

Organizaciones internacionales*COMMERCIAL FINANCE ASSOCIATION*

[Original: inglés]

I. OBSERVACIONES GENERALES

La *Commercial Finance Association* (“CFA”) desea aprovechar la oportunidad para elogiar oficialmente al Grupo de Trabajo por su ardua labor y su dedicación ininterrumpida a este proyecto. La meta de la CNUDMI de facilitar el desarrollo del comercio internacional mejorando mediante la disponibilidad de recursos financieros, a tipos de interés más económicos, resultará sin duda más asequible a raíz de la mayor claridad y coherencia que introducirá el régimen de la Convención sobre la Cesión de Créditos (“el régimen de la Convención”) en la práctica de la cesión de créditos.

La versión actual del proyecto de Convención (A/CN.9/466, anexo I) supone un notable avance hacia el logro de esa mayor claridad y coherencia sin perturbar el delicado equilibrio entre los numerosos y diversos ordenamientos jurídicos y principios de orden público interno de los países participantes. La CFA presenta a continuación una serie de observaciones específicas encaminadas a introducir mejoras en este proyecto que correspondan a la intención de los participantes.

Deseamos insistir, además, en que la labor de ultimar y aprobar una Convención sólo será coronada si se avanza paralelamente hacia la instauración de un sistema de notificación mediante la inscripción en un registro de la cesión de créditos. El enfoque, actualmente recogido en el anexo del proyecto de Convención, de permitir que cada Estado elija su propio régimen de notificación por medio de alguna forma de inscripción registral constituye un compromiso aceptable que es además necesario para que el proyecto de Convención sea aceptado en todo el mundo. Ahora bien, sigue siendo nuestra firme convicción que el mayor grado de transparencia y certidumbre, que un sistema de registro público daría a la determinación de la existencia y prelación de derechos mutuamente competitivos, constituye un factor absolutamente esencial para el desarrollo de un sistema de financiación basado en la cesión de créditos.

II. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS

Cesiones subsiguientes (artículo 1 1) b)

Es preciso que el artículo 1 1) b) imponga para toda cesión subsiguiente el mismo requisito que el impuesto en el artículo 1 1) a) respecto de la cesión inicial. En aras de la coherencia en la determinación del régimen aplicable a las diversas cesiones, para que el régimen de la Convención sea aplicable a una cesión subsiguiente, debe estar claro que el cedente está ubicado en un Estado contratante. Entendemos que esa ha sido siempre la intención del Grupo de Trabajo.

Cesión de créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

En vista de las importantes cuestiones que aún quedan pendientes sobre la aplicación eventual de la variante A, de la variante B o de alguna otra, la CFA no puede de momento pronunciarse a este respecto. Será preciso examinar más a fondo la cuestión para entender mejor las inquietudes de otras industrias o de otras prácticas comerciales que puedan verse afectadas por el proyecto de Convención.

Definición de “ubicación” (artículo 6 i))

Durante el período de sesiones de octubre de 1999 se planteó la cuestión de si se necesitaba alguna precisión más para determinar la ubicación de una sucursal interna de un banco extranjero. De no modificarse el texto actual, la ubicación de esa entidad acabaría siendo la sede central del propio banco, lo que podría ocasionar muchos inconvenientes prácticos. La delegación de los Estados Unidos sugirió que se hiciera referencia a la ubicación de la entidad en cuyos libros estuviera consignado el crédito. Esto parece ser una solución aceptable, dado que está en línea con la práctica habitualmente seguida por las sucursales extranjeras. Además, sería fácil de incorporar a la práctica actual de las garantías contractuales implícitas de la cesión, mitigando así la onerosa carga de la diligencia debida [labor investigadora] impuesta al cesionario.

Eficacia y fecha de validez de una cesión (artículos 9 y 10)

La Comisión deberá resolver la discrepancia entre estos dos artículos respecto del momento en que se ha de considerar que surte efecto la cesión de créditos futuros. Debe vincularse la validez de la cesión de un crédito futuro al momento de conclusión del contrato de cesión, con independencia del hecho de que el propio crédito no vaya a “nacer” hasta una fecha ulterior. Esta ficción jurídica no sólo es necesaria para aclarar ciertas cuestiones de prelación entre cesionarios concurrentes sino que puede ser crítica para el análisis de una quiebra.

Limitaciones contractuales de la cesión (artículo 11)

La Comisión deberá también abordar la cuestión de toda facultad de que pudiera gozar el deudor para anular el contrato subyacente. Dicha facultad permitiría frustrar el derecho del cesionario a cobrar el crédito, por lo que podría constituir un obstáculo importante para el logro de la finalidad del proyecto de Convención. Los cesionarios comprenden que han de aceptar una cesión expuesta a las excepciones que sean invocables por razón de un cumplimiento deficiente del contrato subyacente. Ahora bien, en razón de la importancia que tiene para los artículos 11 y 12 su finalidad de mitigar el impacto de las cláusulas contractuales de intransferibilidad, permitir que el deudor invoque el incumplimiento de una de esas cláusulas, en una acción contra el cedente, para anular el propio contrato sería contrario a la protección presuntamente otorgada al cesionario, en el artículo 11 2), que haya aceptado la cesión, pese a conocer la existencia de una cláusula de intransferibilidad, frente a toda reclamación basada sólo en que conocía dicha cláusula.

Garantías implícitas del cedente (artículo 14)

El artículo 14 no dice claramente si las garantías implícitas del cedente se extienden más allá del cesionario inmediato a cualquier cesionario ulterior. Por ello, no está claro si un cesionario subsiguiente podrá dirigirse contra el cedente por incumplimiento de esas garantías. Opinamos que deben ser las partes las que determinen quién tendrá derecho a invocarlas. A falta de acuerdo expreso en contrario, las consecuencias económicas de esa decisión de las partes alcanzarían únicamente al cesionario inmediato.

Derecho al pago (artículo 15)

Al tratar de evitar toda ventaja indebida de un cesionario que haya incumplido un acuerdo con un cedente, el artículo 15 2) pudiera estar dando al deudor, o a alguna otra parte, una ventaja imprevista, si se priva de validez, a los efectos de los artículos 20, 22 ó 24 a 26, a toda notificación efectuada en violación del acuerdo entre el cedente y el cesionario. Si bien es cierto que un cesionario, que haya notificado indebidamente al deudor, no debe sacar provecho de su acto indebido, la severidad de la consecuencia prevista no debe recaer sobre un cesionario independientemente de cual haya sido el tipo o la gravedad de la violación. Debería como mínimo limitarse en algo

la severidad de esa pena condicionándola a la gravedad de la violación. Cabría insertar en el artículo 15 2) el siguiente texto”, si se contrarió la finalidad de la estipulación incumplida.”

Ley aplicable a los derechos concurrentes (artículo 24)

Puede haber una discrepancia importante entre la fórmula empleada en el apartado a) i) y la intención del Grupo de Trabajo de determinar el alcance y la prelación del derecho de un cesionario frente a los derechos de otros cesionarios concurrentes. El requisito previo para la aplicación de esta regla es que los cesionarios concurrentes deben serlo de un mismo crédito recibido de un mismo cedente. En una cadena de cesiones subsiguientes (sumamente probable en préstamos indicados y en operaciones de bursatilización de activos en las que los coprestamistas y los inversionistas obtienen sus derechos pro-indiviso a través de una cesión separada), el cesionario definitivo no recibirá técnicamente su cesión del mismo cedente. Por ello, de interpretarse literalmente el texto del proyecto de Convención, no habría regla substantiva alguna en su régimen relativa a los derechos concurrentes de ese cesionario frente a otro cesionario que, por ejemplo, hubiera recibido sus derechos en una cesión efectuada por el cedente inicial.

Opinamos que el Grupo de Trabajo trató de prever este supuesto, partiendo del argumento de que toda cesión subsiguiente dimanaba de la cesión inicial y procedía, por ello, al entender del Grupo de Trabajo, de un “mismo” cedente. Ahora bien en ninguna parte del texto de la Convención se ha adjetivado de algún modo el término “cedente” para distinguir entre el cedente inicial y todo cedente subsiguiente. De hecho, ha sucedido todo lo contrario, al haberse insertado el artículo 2 b) para dejar en claro que el término podía referirse tanto al cedente inicial como a cualquier cedente subsiguiente. Cabría resolver este problema aclarándolo en el comentario o revisando el texto del artículo 24 a) i) con miras a precisar que la cesión debe proceder, directamente o indirectamente, de un mismo cedente “inicial”.

Artículo 35

La CFA cree firmemente que no debe hacerse excepción alguna a favor de los créditos dimanantes de la venta o el arriendo de bienes de equipo móvil que sean objeto del proyecto de Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, que prepara actualmente el UNIDROIT. La índole más completa y general del proyecto de Convención requiere que se le dé prioridad a su régimen.

FEDERACIÓN BANCARIA EUROPEA *

[Original: inglés]

I. OBSERVACIONES GENERALES

El Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales de la CNUDMI, que tenía encomendada la preparación de un régimen uniforme sobre la cesión de créditos, aprobó en su último período de sesiones celebrado en Viena en octubre de 1999, un proyecto de Convención para su presentación a la Comisión en su período de sesiones de junio del año 2000 en Nueva York. En este proyecto de Convención siguen pendientes, entre otras, las cuestiones del tratamiento a dar a los créditos financieros y del significado de “ubicación”, por lo

* La Federación Bancaria Europea representa los intereses de más de 3.000 bancos de la Unión Europea y de Suiza, Noruega e Islandia.

que la Federación Bancaria Europea se complace de la oportunidad que le es ofrecida de presentar sus opiniones al respecto.

Nos felicitamos de la iniciativa de la CNUDMI de redactar este proyecto de Convención y opinamos que la armonización del régimen de la cesión de créditos mejorará notablemente la disponibilidad de crédito financiero al servicio del comercio mundial. Opinamos, no obstante, que es importante que las disposiciones de ese régimen no perturben, sin quererlo, el fundamento jurídico de contratos financieros muy difundidos y la disponibilidad de otras formas de financiación al servicio del comercio. Por ello, sugerimos que las cuestiones que el Grupo de Trabajo dejó pendientes sean resueltas como sigue:

1. *Debe preservarse la validez de ciertos acuerdos de intransferibilidad de créditos financieros cuando esos acuerdos formen parte inherente de la estructura de la operación, lo que constituiría una excepción más limitada que la recogida en el proyecto actual.*
 - En el artículo 5 sería preferible la variante B, pero debería limitarse el alcance de la excepción en él enunciada a los artículos 11 y 12, y únicamente a los supuestos en los que el deudor no haya dado su consentimiento a la cesión.
 - La definición de “crédito comercial” en el artículo 6 l) debe ser enmendada para excluir a los créditos nacidos en el marco de un sistema de liquidación de órdenes de pago o de transferencia bursátil y a los créditos nacidos en virtud de contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación por saldos netos (“netting agreement”). Deberían darse definiciones de “sistema de liquidación de pagos o valores”, de “contrato financiero” y de “acuerdo de compensación por saldos netos” (“netting agreement”).
 - El término “contrato financiero” debe definirse en términos lo bastante amplios para que su exclusión sea aplicable a la práctica común de las instituciones financieras de otorgar crédito sobre la garantía de una cuenta de depósito o de una cuenta de valores bursátiles, pero no a dichas cuentas entendidas en sentido más general.
2. *La definición de “ubicación” debe ser coherente respecto de cada una de las partes (cedente, cesionario o deudor) y debe dar margen para el supuesto de las sucursales.*
 - En el artículo 6 i) debe definirse la “ubicación” en términos uniformes para el cedente, el cesionario y el deudor, con referencia -no únicamente en el supuesto del deudor- al “establecimiento que guarde una relación más estrecha” con el contrato.
3. *Debe reconocerse expresamente en las disposiciones relativas al pago la importancia crucial de la lucha internacional contra el blanqueo de dinero.*
 - El artículo 19 deberá ser aplicable a las cuentas de depósito cedidas, pero únicamente en la medida en que el depositario pueda cumplir con los requisitos legales de identificación del depositante.

II. PROPUESTAS DE REDACCIÓN

Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

Proponemos que se adopte la variante B, con la adición de las palabras “salvo que el deudor consienta otra cosa” y con la supresión de las palabras “... y la sección II del capítulo IV ...” de modo que el texto diga (cambios subrayados):

“Salvo que el deudor consienta otra cosa, los artículos 11 y 12 serán únicamente aplicables a las cesiones de créditos comerciales. Respecto de las cesiones de créditos no comerciales, los supuestos regulados en esos artículos se resolverán con arreglo a la ley aplicable a tenor de las normas de derecho internacional privado.”

Definiciones y reglas de interpretación (artículo 6)

Proponemos que se enmiende el artículo 6 i) a fin de dar una definición de “ubicación” que sea coherente para todas las partes, cedente, cesionario o deudor, en términos como los siguientes (cambios subrayados):

- “i) i) una persona está situada en el Estado en donde tenga su establecimiento;
- ii) cuando el cedente o el deudor tengan más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen;
- iii) cuando el cesionario tenga más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de cesión;
- iv) cuando una persona no tenga establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa persona.”

Sugerimos que se enmiende el artículo 6 l), a fin de explicitar más cuáles son los créditos excluidos de la definición de “crédito comercial”, en términos como los siguientes (cambios subrayados):

- l) por “crédito comercial” se entenderá todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o el arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios que no sea un crédito nacido de un sistema de liquidación de pagos o valores, ni un crédito nacido de un contrato financiero que se rija por un acuerdo de compensación por saldos netos (*netting agreement*), ni un crédito utilizado para fines de garantía.”

Sugerimos asimismo que se inserten tres nuevas definiciones en el artículo 6:

- m) por “sistema de liquidación de pagos o valores” se entenderá todo arreglo contractual entre tres o más participantes con un reglamento común para la liquidación de las órdenes de pago o de transferencia de valores bursátiles, así como de toda garantía conexa, entre los participantes, esté o no respaldado ese sistema por una contraparte central, agente de liquidación o cámara de compensación.
- n) por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a término, de futuros, de permuta financiera (“*swap*”) relativa a tasas de interés, productos básicos, monedas, acciones,

obligaciones, índices o cualquier otro instrumento financiero, toda operación de préstamo sobre valores o de recompra o rescate de títulos bursátiles, toda operación de depósito y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas concertada en un mercado financiero y toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas, así como toda garantía u operación de respaldo crediticio de alguna de las operaciones anteriormente mencionadas.

- o) por “acuerdo de compensación por saldos netos” (“*netting agreement*”) se entenderá todo acuerdo que prevea una o más de las siguientes operaciones:
- a) la liquidación neta de los pagos debidos en una misma divisa y en una misma fecha ya sea mediante novación o algún otro arreglo,
 - b) a raíz de la insolvencia o de algún otro incumplimiento de una parte en una relación contractual, la extinción de todas las operaciones pendientes a su valor de sustitución o a su valor equitativo en el mercado, la conversión de dichas sumas a una sola moneda y a un único saldo neto para su liquidación mediante un único pago de una de las partes a la otra y
 - c) el saldo por vía de compensación de las sumas calculadas por el procedimiento anteriormente descrito en el inciso b) que sean debidas en virtud de dos o más acuerdos de compensación por saldos netos.”

Pago liberatorio del deudor (artículo 19)

Sugerimos que el párrafo 5) sea enmendado como sigue (cambios subrayados):

- “5) El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, cuando el crédito sea un depósito, a pedirle que cumpla con todo requisito impuesto para impedir el blanqueo de dinero, obrando al respecto como si el cesionario fuera un depositante, y, de no hacerlo el cesionario, [el deudor] quedará liberado de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.”

III. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS

1. *¿Cuál es la razón por la que los bancos y otras instituciones financieras desean preservar la eficacia de los acuerdos de intransferibilidad en el campo de las operaciones financieras?*

A simple vista, se diría que un banco o toda otra parte en una operación financiera no está en una situación que difiera de la de cualquier otro deudor en una operación de otra índole. Pero ello no es así. Muchas operaciones financieras entrañan un riesgo crediticio y la cesión no sólo aumenta ese riesgo, sino también otros riesgos de garantía, de litigio, de insolvencia y reglamentarios inherentes a estas operaciones.

Por ejemplo, al otorgar un banco, a través de su corresponsal, una carta de crédito a un tercero exportador, en nombre de su cliente importador, el banco actúa en contrapartida de la promesa recibida de ese cliente de que reembolsará toda suma que haya de abonar el banco a tenor de esa carta y con el respaldo de un depósito dejado en garantía por el cliente. El banco utilizará ese depósito en el supuesto de que su cliente incumpla su promesa. De poder ceder el cliente el recibo de ese depósito a un cesionario antes de que el cliente incumpla su promesa,

el cesionario podrá reclamar el pago de ese crédito al banco, privándole así de su garantía y obligándole a reclamar de su cliente toda suma que éste llegue eventualmente a deberle, lo que constituye un riesgo crediticio que el banco no había asumido (ya que esa era la razón por la que había exigido que se dejara un depósito en garantía). En un caso así, la cláusula de intransferibilidad del depósito constituye una pieza esencial de la operación financiera y, de cuestionarse su validez, ese arreglo crediticio dejará de ser ofrecido a los clientes.

Otra operación financiera típica es el canje o permuta de tasas de interés (*interest-rate swap*) en la que se compensan los pagos indizados a una tasa de interés fijo por una de las partes con los pagos indizados a una tasa variable por la otra, saldándose globalmente esos pagos mediante el pago, en uno u otro sentido, de los saldos netos resultantes. En este supuesto, la exposición crediticia puede oscilar a lo largo de la vida del *swap* al compás de la oscilación que se produzca en las tasas de interés, y las sumas individualmente pagaderas, antes de su reducción a un saldo neto, son a menudo muy grandes en términos del saldo neto efectivamente pagado.

Los acuerdos de compensación por saldos netos (*netting*) amplían este mismo concepto a toda una gama de operaciones al reducir, por vía de compensación, todos los pagos en efectivo y sumas debidas a una única cifra neta por moneda para los fines de su liquidación, o a una única cifra neta en el supuesto de suspensión de pagos, o de disolución social de una u otra de las partes. En el marco de dichos acuerdos, la cesión de uno cualquiera de los “créditos” supondría una alteración básica de la estructura de las obligaciones contraídas y, por esa razón, suele supeditarse al consentimiento previo de la otra parte en uno de dichos acuerdos. El incumplimiento de esa cláusula de consentimiento previo constituye un supuesto de incumplimiento que anularía todo el acuerdo. A resultas de las cláusulas de “incumplimiento transversal” (*cross-default*), o de incumplimiento en cadena, que figuran en muchos acuerdos financieros, el incumplimiento de uno de los acuerdos llevaría al incumplimiento de todos los demás acuerdos sujetos a esa cláusula, con consecuencias posiblemente desastrosas para el cliente y con un grave riesgo crediticio para la institución financiera de que toda la estructura de su cartera crediticia se vea perturbada.

El marco reglamentario de los acuerdos de compensación por saldos netos constituye un factor importante para decidir a los bancos a concertar ese tipo de operaciones. Los reglamentos reconocen que este tipo de operación reduce el riesgo crediticio permitiendo la correspondiente reducción de las tasas de capital requerido para iniciarlas, lo que a su vez permite que esta operación crediticia sea ofrecida al cliente a un precio más bajo. Pero la autoridad reguladora sólo acostumbra a reconocer la validez de un acuerdo de compensación por saldos netos, si el banco ha obtenido un dictamen judicial del que se reconocerá la validez de la liquidación neta antes de la apertura de un proceso de insolvencia, durante ese proceso y después del mismo. Si en ese dictamen se expresan dudas como resultado de la incertidumbre sobre si será aplicable el régimen de la Convención, el acuerdo de compensación por saldos netos no será tenido por válido a efectos del reglamento, lo que privaría a la operación de la mencionada reducción del capital requerido, haciéndola más costosa.

Además, la cesión de ciertos tipos de créditos sin el consentimiento del deudor puede constituir en ciertos supuestos una violación inconsciente de algún reglamento interno. En algunos supuestos, ese incumplimiento acarrearía responsabilidad civil, o incluso penal, para el deudor. Por ejemplo, el deudor pudiera encontrarse en situación de incumplimiento técnico de algún reglamento bursátil o de productos básicos de los Estados Unidos (como el aplicable a las ofertas de contratación pública) si el cedente puede ceder créditos dimanantes de ciertos tipos de operaciones, tales como los acuerdos de venta de valores con pacto de recompra (*repos*), de préstamo sobre valores o de permuta de monedas (*currency swaps*), concertados inicialmente fuera de los Estados Unidos, a un cesionario ubicado en los Estados Unidos.

Todos estos factores de incertidumbre harían que las entidades financieras se mostraran reacias a recurrir a este tipo de instrumentos financieros, lo que reduciría la disponibilidad de crédito para el comercio frustrando así el principal objetivo del proyecto de Convención.

2. *¿Es que las disposiciones de protección del deudor que figuran en la sección II del capítulo IV, o en el texto propuesto para la variante A del artículo 5, no responden cumplidamente a estas inquietudes?*

Pese a que una de las reglas de protección del deudor más importantes, que figura en el artículo 20 de la sección II del capítulo IV, dispone que la cesión quedará sujeta a todo derecho de compensación existente, el texto de esa disposición no parece que la haga aplicable a los mecanismos de liquidación habitualmente previstos en los acuerdos de compensación por saldos netos, que siguen dependiendo de un incumplimiento y que son aplicables a todas las operaciones existentes y futuras. Además, la liquidación final no se efectúa siempre por vía de compensación.

La variante A del artículo 5 permitiría la cesión de créditos financieros, disponiendo no obstante que los derechos y obligaciones del deudor no se verán afectados en la ausencia de su consentimiento. Como resultado de esta regla compleja la cesión sería válida entre el cedente y el cesionario, pero el deudor no se vería afectado. En el supuesto de que se decretara una medida de liquidación contra los bienes del cedente, el deudor pasaría a ser también un acreedor y el cesionario podría disputar la prelación del crédito del deudor en el procedimiento de liquidación. El artículo 24 dispone que esta controversia se dirimiría de acuerdo con el derecho interno del Estado donde el cedente estuviera ubicado. Pese a que el deudor tal vez responda con éxito, ante los tribunales, a la demanda del cesionario, ello le supondría un gasto innecesario y la perspectiva de que haya un proceso judicial disuadiría a las entidades financieras de concertar este tipo de contratos. No es además realista dar, en principio, una cesión por válida, en un supuesto en el que no vaya a prosperar la acción presentada para hacer reconocer esa validez.

Mientras que la variante B enuncia un régimen claro, es probable que el régimen propuesto en la variante A introduzca un factor de grave incertidumbre jurídica en los mercados financieros.

3. *Razón para eliminar la mención, en la variante B del artículo 5, de la sección II del capítulo IV*

Si un crédito no es un crédito comercial, la variante B, con la revisión sugerida, del artículo 5 determinará que los artículos 11 y 12 no le son aplicables. Si de ello resulta que una cesión no es válida, por mediar un acuerdo de intransferibilidad sin el previo consentimiento del deudor, que lo ha denegado, al no ser válida la cesión tampoco es aplicable el artículo IV. Si, por el contrario, no se precisa del consentimiento del deudor o se ha obtenido ese consentimiento, el régimen del capítulo IV debería ser aplicable a ese crédito, al igual que a cualquier otro crédito. No deseamos en absoluto reducir el ámbito de aplicación del régimen de la Convención más allá de lo que sea necesario para proteger las operaciones cuya viabilidad financiera deseamos salvaguardar.

4. *Razón para modificar la definición de “crédito comercial” en el artículo 6 l)*

La finalidad de las enmiendas sugeridas en el artículo 6, relativo a las definiciones, es la de limitar el alcance de la exclusión de los contratos financieros. A tenor de la definición actual de “crédito comercial” quedarían excluidos del régimen de la Convención los “servicios financieros”, que es un término de alcance sumamente extenso y difícil de definir. Al excluir únicamente a los créditos vinculados a sistemas de liquidación de pagos o de operaciones bursátiles o a contratos financieros que se rijan por acuerdos de liquidación por saldos netos (*netting*) o que sean utilizados para fines de garantía, tratamos de limitar el alcance de la exclusión a ciertas categorías de contratos o de pagos que se rigen por acuerdos de liquidación neta o de garantía, cuya exclusión es necesaria por consideraciones relacionadas con la insolvencia, y que es imperativa en virtud de ciertos regímenes financieros internacionales (como por ejemplo los relativos a la cobertura de capital mínima para ciertas operaciones).

Es frecuente que las entidades financieras se valgan de depósitos en metálico o de valores bursátiles como garantía del crédito financiero otorgado para operaciones comerciales. En esos casos, la cesión del derecho a esa suma o a esos valores depositados estará supeditada al consentimiento del previo del deudor. El permitir que el titular de esa cuenta ceda la suma o los valores depositados sin restricción alguna disminuiría enormemente el valor del depósito cuenta o de los valores como garantía, lo que a su vez ocasionaría tanto o más dificultades a la financiación del comercio que los que el proyecto de convención trata de evitar.

5. *¿Se necesita alguna definición adicional?*

Opinamos que las definiciones adicionales propuestas en los apartados m), n) y o) del artículo 6 darían mayor claridad al régimen de la Convención y evitarían que el alcance de la exclusión de los créditos financieros no sobrepase de lo estrictamente necesario para salvaguardar nuestros intereses.

6. *¿Cómo se verá afectada la cesión por las medidas de prevención del blanqueo de dinero?*

La comunidad internacional ha decidido que la prevención del blanqueo de dinero constituye una pieza clave de la lucha contra la droga y otros delitos graves. Por ello, se ha impuesto ciertos requisitos a las instituciones financieras como el de identificar a sus clientes y cerciorarse del origen legítimo (*bona fide*) de los fondos que recibe. Las instituciones de depósito no pueden admitir que sea cedido un depósito a un tercero que no cumpla con los requisitos de identificación y probidad actualmente en vigor.

Lo que a nosotros nos inquieta es el riesgo de fraude o de malversación de fondos. Supongamos que el depositante, Sr. Smith, cede el depósito al Sr. Jones. De presenta al banco una persona que alega ser el Sr. Jones, con una carta firmada por el Sr. Smith confirmando la cesión, para pedir al banco que le abone el depósito en metálico o mediante una transferencia internacional de su valor a un tercero; ese banco estaría expuesto a ser parte en una operación de conversión ilícita de fondos, al igual que si abonara un cheque del Sr. Smith en esas condiciones. Los bancos han de protegerse insistiendo en que el Sr. Jones se identifique como es debido antes de aceptar un cheque pagadero a él. Esa identificación está basada en la regla “conozca a su cliente”, que figura en todo reglamento contra el blanqueo de dinero, y no en la índole sospechosa de la operación.

El artículo 19 parece ignorar este derecho del banco a insistir en la identificación de su cliente. El párrafo 5) del artículo 19 ofrece cierta protección al facultar al deudor para reclamar prueba escrita de que la cesión ha tenido lugar, pero esa prueba no resuelve el problema de la identificación del cesionario. La enmienda propuesta al artículo 19 se limita a aclarar que el régimen de Convención no contradice en nada los requisitos impuestos para la prevención del blanqueo de dinero.

Las propuestas incorporadas a nuestro proyecto son de hecho bien modestas.

- La mayor parte de los depósitos no conllevarán ninguna cláusula de intransferibilidad, por lo que no plantearán la cuestión del consentimiento del deudor. Cuando exista una cláusula de intransferibilidad porque un depósito se está utilizando como garantía, serían aplicables los mismos argumentos que se aducen para el supuesto de la compensación por saldos netos (*netting*).
- Los bancos insistirán en general en que el cesionario se identifique a sí mismo, por lo que el texto insertado en el párrafo 5) del artículo 19 se limita a confirmar esa práctica bancaria y evitar posibles controversias al respecto. De nuevo, la mayoría de las cesiones se efectuarán a otras entidades financieras, por lo que la necesidad de identificar al cliente se dará raras veces.

7. *¿Qué necesidad hay de enmendar la definición de “ubicación”?*

Las entidades financieras intervienen en estas cesiones en calidad de deudores, de cedentes y de cesionarios y actúan, en su gran mayoría, a través de sucursales que operan con arreglo al derecho interno del lugar donde están ubicadas. Estamos, por ello, particularmente interesados en el régimen aplicable para determinar la ubicación de una parte que tenga más de un establecimiento. Opinamos que en el supuesto de dos o más establecimientos, se debe dar preferencia a efectos de la ubicación a aquel que guarde una relación más estrecha con la operación y no al establecimiento donde esté ubicada su administración central como se dispone actualmente respecto del cedente y del cesionario en el inciso ii) del apartado i) del artículo 6. Este criterio de la “administración central” resulta particularmente cuestionable para el cedente, por tres razones básicas:

- en primer lugar, en todo supuesto en que el cedente esté afiliado a un grupo de empresas que esté operando internacionalmente, es posible que no sea a simple vista evidente si la relación contractual se ha concertado con una sucursal dependiente de la empresa matriz o con una filial independiente;
- en segundo lugar, la referencia a la administración central (o sede principal) puede resultar en que una cesión que efectúe una sucursal de esa sociedad, que esté situada fuera del país en donde esté ubicada la oficina central de la sociedad, sea clasificada como “cesión internacional”, aun cuando esa sucursal, el cesionario y el deudor estén todos ubicados en el territorio de una misma jurisdicción que sea distinta de aquella donde esté ubicada la oficina central. Ello llevaría a la aplicación de un régimen jurídico que carece de todo vínculo real con el contrato.

Por ejemplo, una compañía cuya oficina central esté establecida en Francia cede un crédito a través de su sucursal establecida en Alemania. El cesionario y el deudor están igualmente ubicados en Alemania. Toda referencia a la oficina principal (o administración central) haría aplicable el derecho interno francés pese a que Francia no tiene ninguna conexión real con el contrato;

- por último, esa referencia a la oficina central significaría que en supuestos de conflictos de leyes, se alentaría la aplicación del régimen jurídico de las oficinas centrales sin tener en cuenta si ese régimen tiene alguna conexión jurídica intrínseca con la operación considerada.

Una definición coherente de “ubicación” que fuera aplicable a todas las partes en la operación (cedente, cesionario y deudor) correspondería mejor a la realidad comercial y ayudaría a evitar conflictos de leyes.

FINANCIAL MARKETS LAWYERS GROUP*

[Original: inglés]

El *Financial Markets Lawyers Group* desea respaldar las recomendaciones recientemente formuladas por la Federación Bancaria Europea (“FBE”) de introducir ciertas mejoras en el texto del proyecto de Convención sobre la Cesión de Créditos (“el proyecto de Convención”) aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales (“el Grupo de Trabajo”) en su último período de sesiones celebrado en octubre de 1999. Aplaudimos la labor de la CNUDMI encaminada a facilitar el desarrollo de la financiación comercial transfronteriza y opinamos que la aprobación del proyecto de Convención permitirá armonizar mejor el régimen actual de la cesión transfronteriza de créditos.

Opinamos, no obstante, que el proyecto de Convención no deben perturbar los fundamentos jurídicos sobre los que se asientan los contratos actuales del mercado financiero extrabursátil (*over the counter contracts* (“OTC”)) actualmente concertados para fines de garantía. Como se ha informado al Grupo de Trabajo, los acuerdos normalizados actualmente utilizados por los participantes en el mercado OTC suelen incluir una cláusula por la que se prohíbe expresamente la cesión de todo derecho u obligación subyacente por una de las partes sin el consentimiento escrito previo de la otra parte y prevén ciertos derechos y obligaciones de las partes para los fines de garantía previstos en estas operaciones. Estas disposiciones dan certidumbre y previsibilidad a las cláusulas de compensación y de compensación por saldos netos (*netting*) de estos acuerdos y permiten por ello que los participantes en este mercado financiero gestionen mejor el riesgo crediticio que les corresponda.

Como resultado, estamos de acuerdo con las modificaciones sugeridas por la FBE al texto del proyecto de Convención y alentamos a la Comisión a que incorpore las definiciones de los términos “contrato financiero” y “acuerdo de compensación por saldos netos” (*netting*) al régimen de la Convención conforme a la formulación sugerida por la FBE. Para mayor claridad, deseáramos, no obstante, observar que en nuestra lectura de la definición del término “acuerdo de liquidación global por saldos netos” dada por la FBE están incluidos los acuerdos generales o normalizados de compensación por saldos netos (tales como el *master netting agreement* actualmente preconizado por el FXC de Nueva York) que permiten a una parte clausurar parte, pero no necesariamente la totalidad, de las operaciones subyacentes en determinados supuestos.

Compartimos asimismo el parecer de la FBE de que el régimen de la Convención no debe ser aplicable a los créditos dimanantes de las operaciones de un sistema de liquidación de pagos o valores. Permitir que los participantes en un sistema de liquidación de pagos o valores cedan sus créditos perturbaría, sin duda, notablemente el buen funcionamiento de esos sistemas y privaría a las liquidaciones efectuadas en esos sistemas del carácter definitivo y de la certidumbre de que actualmente gozan. Hacemos nuestra, por ello, la recomendación de la FBE de que convendría que esos créditos fueran más claramente excluidos del ámbito de aplicación del régimen de la Convención.

* El *Financial Markets Lawyers Group* (“FMLG”) es una agrupación de abogados financieros organizada como cuerpo independiente bajo el patrocinio del *Federal Reserve Bank* de Nueva York (“FRBNY”) y está integrado por representantes de diversos bancos comerciales y financieros de los Estados Unidos y de Europa que participan activamente en los mercados extrabursátiles de divisas (*over the counter* (“OTC”)). El cometido principal del FMLG es coordinar diversos proyectos jurídicos emprendidos por el *New York Foreign Exchange Committee* (“FXC”). El FXC, organizado asimismo bajo el patrocinio del FRBNY, representa a muchos de los participantes más importantes en el comercio mundial de divisas. El FMLG es igualmente responsable de la redacción de leyes destinadas a fortalecer la integridad de los mercados financieros y de la preparación de monografías y contratos modelo sobre determinados temas relativos a estos mercados.

En resumidas cuentas, instamos a la Comisión a que dé su aprobación a las modificaciones del texto sugerida por la FBE en sus observaciones. Séanos permitido elogiar de nuevo la labor de la Comisión en orden a la preparación de un régimen jurídico que facilitaría notablemente la financiación del comercio mundial. Nos sería grato facilitar a la Comisión toda información adicional que solicite.

EUROPAFACTORING

[Original: inglés]

“Ubicación” (artículo 6 i))

La cuestión de la ubicación del cedente y del cesionario sigue siendo un asunto debatido, mientras que la cuestión de la ubicación del deudor ha sido satisfactoriamente resuelta. El criterio de la administración central de una empresa, como factor de conexión, dará resultados previsibles a la hora de determinar si el régimen de la Convención es o no aplicable. Ahora bien, si el cedente tiene un establecimiento (una sucursal) en un Estado contratante y su administración central en un Estado no contratante, el régimen de la Convención no sería aplicable. La excepción propuesta respecto de las sucursales de instituciones financieras tiene por objeto reflejar la idea de que el ámbito de aplicación del régimen de la Convención debe ser lo más amplio posible, con miras a que ese régimen sea aplicable a supuestos como el anteriormente mencionado. En ese sentido aprobamos esa excepción, pero debe señalarse que plantea dos problemas. En primer lugar, una excepción otorgada a las sucursales de un sector o ramo particular sería difícil de definir (debe ser aplicable a los bancos, a los financieros, y cuál ha de ser la ley aplicable para determinar si cierto negocio es un negocio bancario). Como resultado de ello, se crearía incertidumbre sobre cuál ha de ser el ámbito de aplicación del régimen de la Convención.

Por el contrario, cabe decir que las ventajas de esa excepción serían limitadas. En vista de que la ley aplicable a las cuestiones de prelación se ha de determinar en función de la ubicación del cedente, la excepción sugerida daría lugar a que fueran aplicables las reglas de prelación del país en donde esté situada la sucursal. No es, por lo demás, seguro que una tal regla de prelación sería reconocida en el país donde esté situada la administración central del cedente, que es el país donde es más probable que se abra, llegado el caso, un procedimiento de insolvencia. A resultas de ello, si desea protegerse, el cesionario deberá observar también las reglas de prelación del país en donde esté situada la administración central del cedente.

Tal vez parezca extraño a ciertos sectores comerciales, pero un crédito dimanante de un contrato con una sucursal ha de entenderse, en términos jurídicos, como un crédito contra la entidad jurídica ubicada en su administración central. Con respecto a la práctica del facturaje (*factoring*), la importancia de la exención prevista es mínima, ya que las empresas de facturaje y sus clientes tienen establecimientos en países en los que es probable que se adopte el régimen de la Convención. También parece que la importancia de esta excepción no sea significativa para los bancos cuya administración central se encuentra en algún refugio financiero o paraíso fiscal (que normalmente no adoptará el régimen de la Convención), pero que cuenta con sucursales en diversas plazas financieras, al menos en la medida en que es probable que esos bancos actúen como cesionarios y no como cedentes (por lo que su ubicación no sería la que determine la ley aplicable al orden de prelación de los créditos).

Tal vez parezca una tarea inútil la de determinar las diversas posibilidades a que pueda dar lugar la aplicación de la regla relativa a la ubicación y la excepción sugerida respecto de las sucursales. Ahora bien, hemos intentado al menos sistematizar y comprender mejor las soluciones que se han convenido hasta el momento. A este respecto, deseamos observar que, si bien la ubicación del cedente en un Estado contratante es un factor importante para determinar la aplicación del régimen de la Convención y la de las reglas de prelación, la ubicación del

cesionario o del deudor no tiene importancia para estos asuntos (si se exceptúa la cuestión de la internacionalidad de la operación).

Si lo que importa es la ubicación del cedente, sería prudente determinar en primer lugar en qué medida el comercio se verá afectado por esta regla, para luego decidir sobre si se ha de hacer alguna excepción. La Comisión tal vez desee examinar una pequeña muestra de casos en los que el crédito haya nacido en el país en el que el cedente esté ubicado, olvidándose del supuesto de las cesiones subsiguientes a las que, en virtud de la regla aplicable a las cesiones subsiguientes, el régimen de la Convención sería aplicable al haberse efectuado una cesión internacional.

Cedente	Sucursal	Cesionario	Sucursal	Aplicable	Prelación según la convención	
En un Estado contratante (en)	en	en	ninguna	sí	sí	Operación de la oficina central
	fuera			sí	sí	
	ninguna			sí	sí	
En un Estado no contratante (fuera)	en			no	no	
	fuera			no	no	
en	en		ninguna	sí	sí	Operación de una sucursal
	fuera	en		Será debatido (sí)	Será debatido (no)	
	fuera			Será debatido (sí)	Será debatido (no)	
fuera	en			Será debatido (sí)	Será debatido (no)	
	fuera			no	no	
				no	no	
en	en		ninguna	sí	sí	Operación de la oficina central
	fuera	fuera	en	sí	sí	
	ninguna		fuera	sí	sí	
fuera	en		en	no	no	
	fuera		fuera	no	no	
en	en	fuera	en	sí	sí	Operación de una sucursal
	fuera		fuera	Será debatido (sí)	Será debatido (no)	
	fuera		en	Será debatido (sí)	Será debatido (no)	
fuera	en		en	Será debatido (sí)	Será debatido (no)	
	fuera		fuera	no	no	

Forma de la cesión

El régimen de la Convención no regula la forma de la cesión. A fin de dar certidumbre, al menos en lo relativo a cuál será la ley aplicable al respecto, el régimen de la Convención debería especificar que los requisitos de forma de la cesión se regirán por el derecho interno del país en donde el cedente esté ubicado. Ese criterio estaría en consonancia con el criterio que se sigue para determinar cuál será la ley aplicable a las cuestiones de prelación. El régimen de la Convención debería aclarar además que, de requerirse que la cesión conste por escrito, el requisito de la forma escrita deberá entenderse, conforme al régimen de la Convención, como incluyendo toda vía de comunicación electrónica, aun cuando esa vía no hubiera sido aún reconocida como equivalente de la forma escrita en el país donde estuviera ubicado el cedente.

Crédito financieros (artículo 5)

Siempre nos ha agradado la idea de que el régimen de la Convención tratara de ampliar la oferta de créditos financieros a menor costo, sin interferir con otras prácticas financieras ya establecidas en el mercado. Si se consigue definir debidamente esas prácticas ya establecidas, aislándolas de las prácticas seguidas en la financiación mediante la cesión de créditos comerciales, tales como el facturaje (*factoring*), no nos opondríamos a que se prevea algún régimen especial para dichas prácticas. En este contexto, se está debatiendo si procede o no que el régimen de la Convención, o algunas disposiciones de la misma (p. ej. sus artículos 11 y 12), sea aplicable a dichas prácticas. Cabe prever que algún ramo de la industria financiera se oponga a la adopción del régimen de la Convención bajo pretexto de que se haya otorgado alguna exención concreta a algún otro ramo. Ahora bien sobre la base de la experiencia adquirida en el contexto de la adopción del régimen del Convenio de Ottawa relativo al facturaje internacional (“Convenio de Ottawa”), a la que se opusieron determinados grupos en Alemania en razón precisamente de su régimen relativo a la cláusula de intransferibilidad, nos permitimos sugerir que excluir totalmente ciertas prácticas financieras del régimen de la futura Convención aumentaría mejor la aceptabilidad de su régimen.

Relaciones con otros textos internacionales (artículo 36)

Por razones de política legislativa, tal vez parezca prudente subordinar el régimen de la Convención al de otros textos convencionales y, en particular, al del Convenio de Ottawa. El Convenio de Ottawa tiene un ámbito de aplicación sumamente estrecho (ni siquiera abarca todas las operaciones de facturaje) y el régimen de ambos textos puede parecer similar. Ahora bien, esa subordinación pudiera ocasionar incertidumbre. Las partes en el Convenio de Ottawa pueden excluir la aplicación de su régimen en su totalidad (el proyecto de Convención de la CNUDMI no permite una exclusión tan global). De excluir la aplicación del Convenio de Ottawa, cabe preguntarse si esa brecha sería colmada por el régimen de la Convención de la CNUDMI o por alguna norma del derecho interno por lo demás aplicable. Además, el Convenio de Ottawa permite ciertas reservas respecto de la regla aplicable a las cláusulas de intransferibilidad y dos Estados han formulado ya reservas.

Un régimen con reglas y excepciones tanto internacionales como de derecho interno aplicables a las cláusulas de intransferibilidad y con más de un régimen internacional de distinto alcance y contenido aplicable a una misma operación pudiera no ser conducente a la certidumbre jurídica deseable, ni ser coherente con los principales objetivos del proyecto de Convención. En vista de ello, si bien elogiamos la modestia de los redactores del proyecto de Convención, nos permitimos sugerir, con el debido respecto por el Convenio de Ottawa, que el proyecto de Convención anteponga su propio régimen al del Convenio de Ottawa. En la medida en que el régimen de la Convención se difunda, el enfoque que sugerimos dará certidumbre global a todo tipo de operaciones de facturaje. Nos reservamos el derecho de hacer nuevas observaciones una vez que hayamos podido leer las observaciones de las autoridades nacionales y de otras organizaciones. De ser invitada por la CNUDMI,

Europafactoring asistirá al período de sesiones de junio del año 2000 de la Comisión, y nos será grato conocer todo comentario que se desee hacer a nuestras observaciones.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO
(Unidroit)

[Original: inglés]

I. OBSERVACIONES GENERALES

La Secretaría del Unidroit aprovecha la oportunidad para felicitar al Grupo de Trabajo por su excelente labor en esta difícil esfera. En general, observa el reconocimiento indirecto de la deuda que tiene contraído el régimen del proyecto de Convención con el Convenio del Unidroit relativo sobre el facturaje internacional (A/CN.9/466, párr. 193) y sugiere que cabría reconocer esta deuda más explícitamente en el preámbulo de la Convención, insertando, por ejemplo, una cláusula en la que se indique que el régimen de la Convención ha hecho suyos los avances observados en el Convenio del Unidroit. El Unidroit observa asimismo que “de conformidad con los principios generales del derecho de los tratados, el proyecto de Convención no prevalecería sobre el Convenio de Ottawa, dado que este último era un instrumento de ámbito más específico (A/CN.9/466, párr. 194). Sugerimos que se repita esa delimitación de sus respectivos ámbitos en un memorando explicativo que cabría preparar en su momento, una vez aprobado el proyecto de Convención.

II. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS

Relaciones entre el proyecto de Convención y el anteproyecto de Convenio del Unidroit relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, complementado por sus anteproyectos de protocolo

Respecto de la relación entre el proyecto de Convención y el anteproyecto de Convenio del Unidroit relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil (“el anteproyecto de Convenio”) así como sus diversos protocolos en curso de preparación, a saber, un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones propias del equipo aéreo (“protocolo relativo a las aeronaves”), un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones propias del material rodante ferroviario y un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones propias de los objetos espaciales, la Secretaría del Unidroit desearía comenzar por observar que este asunto había sido encomendado al Grupo de Trabajo sobre derecho internacional público establecido, con ocasión de su Segundo Período de Sesiones Conjunto celebrado en Montreal del 24 de agosto al 3 de septiembre de 1999, por el Comité del Unidroit de peritos gubernamentales y la Subcomisión de la Comisión Jurídica de la OACI, período de sesiones conjunto que estuvo dedicado al examen del anteproyecto del Convenio y del anteproyecto de Protocolo relativo a las aeronaves. El Grupo de Trabajo sobre derecho internacional público celebró su primer período de sesiones en la ciudad del Cabo y a bordo del Tren Azul en ruta hacia Pretoria, los días 8 a 11 de diciembre de 1999. El Grupo de Trabajo celebrará un nuevo período de sesiones con ocasión del Tercer Período de Sesiones Conjunto, que se ha de celebrar en Roma los días 20 a 31 de marzo de 2000, a raíz del cual el informe del Grupo de Trabajo será examinado en sesión plenaria.

En la preparación del anteproyecto de Convenio, así como de sus diversos protocolos, los autores de estos textos han procurado en todo momento evitar eventuales conflictos con el régimen del proyecto de Convención. Como prueba de este interés cabe citar el que se haya delimitado el ámbito de aplicación del anteproyecto de Convenio a los derechos reales sobre bienes de equipo móvil que hayan sido inscritos en un registro y que recaigan sobre unidades de equipo debidamente identificadas. Se adoptó muy pronto la decisión de no establecer un sistema de inscripción registral basada en el deudor y de no ocuparse de requisitos de perfección de la operación o de reglas de prelación pertinentes a la financiación mediante la cesión de créditos no directamente vinculados a un bien físico subyacente.

El ámbito de aplicación del anteproyecto de Convenio quedó limitado desde un principio por su referencia explícita a ciertas categorías de bienes de equipo móvil de gran valor que, por razón de su índole, era probable que cruzaran periódicamente fronteras, o se desplazaran más allá de las mismas, en el curso normal de su explotación comercial y que se prestaran además a ser identificados individualmente. Se pensó que esa delimitación de su objeto haría que el nuevo régimen internacional resultara más aceptable a aquellos Estados que tuvieran cierta dificultad en aceptar sus innovaciones. Hasta el Primer Período de Sesiones Conjunto, celebrado en Roma del 1º al 12 de febrero de 1999, el anteproyecto de Convenio contenía una lista de categorías específicas de equipo móvil destinadas a ser objeto de su régimen (bastidores de aeronave, motores de aeronave, helicópteros, buques matriculados (que fueron considerados sólo provisionalmente), plataformas marítimas de pozo petrolífero, contenedores, material rodante ferroviario, objetos espaciales), así como una categoría residual formada por “otras categorías de bienes individualmente identificables” (cf. Study LXXII-Doc. 42, Article 3 (a)-(i)).

Lo cierto es que esta lista ya no figura en el anteproyecto de Convenio, lo que, en opinión de la Secretaría del Unidroit, puede haber sido causa de algunas de las dificultades de los miembros del Grupo de Trabajo de la CNUDMI a la hora de ir a excluir, del régimen general de la Convención, la cesión de todo crédito que pase a estar asociado con la financiación de bienes de equipo móvil de alguna de las categorías cubiertas por el anteproyecto de Convenio. El párrafo 85 del informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/466) da claramente la impresión de que la perspectiva de un alcance potencialmente ilimitado de esa exclusión, a la que daba lugar la decisión del Primer Período de Sesiones Conjunto de suprimir la mencionada lista del anteproyecto de Convenio, era básicamente lo que dificultaba al Grupo de Trabajo la exclusión de estas categorías de bienes del régimen del proyecto de Convenio. Por esta razón, la Secretaría del Unidroit tiene previsto proponer ante el Tercer Período de Sesiones Conjunto que se reintroduzca en el anteproyecto de Convenio la lista suprimida en el Primer Período de Sesiones Conjunto.

En base a ello, la Secretaría del Unidroit preferiría que el régimen del proyecto de Convención excluyera expresamente de su ámbito de aplicación la cesión de todo crédito que pase a ser un derecho asociado a la financiación de bienes de equipo móvil de alguna de las categorías cubiertas por el régimen del anteproyecto de Convenio. Las diversas categorías de bienes de equipo móvil comprendidas en el régimen del anteproyecto de Convenio son de una índole que ha gozado tradicionalmente de una condición jurídica especial. Diversos aspectos de la estructura del nuevo régimen internacional propuesto en ese Convenio corresponden a la índole específica de esas categorías de equipo consideradas. En primer lugar, cada categoría de equipo considerada por el anteproyecto de Convenio será objeto de un Protocolo, en el que se recogerán las reglas que sean necesarias para adaptar el régimen general del anteproyecto de Convenio a las características especiales de la financiación de dicha categoría. En segundo lugar, se creará un registro para la inscripción de cada una de esas categorías de bienes de equipo y la determinación del orden de prelación entre cada inscripción. Esa insistencia en la índole especial de los bienes que son objeto del nuevo régimen internacional propuesto ha sido un rasgo constante de la labor del Unidroit sobre este proyecto hasta la fecha.

Con independencia de lo antedicho, los grupos de trabajo aéreo, ferroviario y espacial han reclamado, cada uno de ellos, que se excluya del ámbito de aplicación del régimen de la Convención la cesión de todo crédito en la medida en que dicho crédito sea asociado a la financiación de alguna de esas categorías de equipo aéreo, de material rodante ferroviario o de objetos espaciales que vaya a ser regulado por el anteproyecto de Convenio y de sus respectivos protocolos. Esos grupos de trabajo especializados han sido establecidos por el Unidroit para ocuparse de la aplicación del régimen general del anteproyecto a la financiación de las aeronaves, del material rodante ferroviario y de los objetos espaciales respectivamente, y para servir de cauce al conocimiento pericial de cada sector. Esos grupos están formados por representantes de los fabricantes, de los usuarios y de los financieros de esos bienes así como de las organizaciones internacionales interesadas.

Los grupos de trabajo aéreo, ferroviario y espacial han expresado todos claramente el deseo de que toda cesión de créditos que sirva de garantía en operaciones de financiación de aeronaves, material ferroviario y objetos espaciales sea regulada en instrumentos especiales para dicho equipo, es decir, por el régimen del anteproyecto de Convenio adaptado para cada tipo de equipo por el correspondiente protocolo, y no por el régimen del proyecto de Convención. El grupo de trabajo aéreo ha insistido en particular en el fuerte interés del sector aéreo por establecer un régimen único que refleje la estructura y prácticas de financiación propias del sector de las aeronaves.

El valor de bienes de la índole del equipo aéreo, del material rodante ferroviario y de los objetos espaciales radica en los ingresos que reporta la venta o el arrendamiento de dichos bienes. Sería contrario a la base conceptual del régimen del anteproyecto de Convenio que el deudor pudiera ceder créditos dimanantes de bienes de esa índole con arreglo a un régimen distinto del directamente aplicable a toda operación de pignación de uno de dichos bienes o de imposición de algún otro gravamen sobre el mismo. La indivisibilidad de dicho bien y de los ingresos que reporte la venta o el arrendamiento del mismo está claramente consagrada en el párrafo 1 del artículo 8 y en el artículo 10 del anteproyecto de Convenio, relativos a los derechos dimanantes del incumplimiento, así como en el artículo 14, relativos a la imposición de medidas cautelares.

En el supuesto de las estructuras de financiación de equipo aéreo, ferroviario y espacial existe un vínculo inextricable entre ese equipo, por una parte, y los créditos a él asociados, por otra. Por ejemplo en el supuesto de las estructuras de financiación de objetos espaciales, una gran parte del valor atribuido a un satélite dimana de los diversos derechos, y en particular créditos, asociados a su explotación. Esos derechos son un elemento esencial del valor comercial de un satélite y sin esos derechos el satélite poseería escaso valor comercial. Es, por ello, apropiado que los derechos de garantía relativos a ese bien y a los créditos asociados a su explotación estén sujetos a un régimen común, a fin de no dar lugar a conflictos de leyes ni restar previsibilidad comercial a la operación, con la consiguiente elevación de su costo.

El grupo de trabajo aéreo ha aducido contra la solución alternativa, que consistiría en permitir que al anteproyecto de Convenio y sus diversos protocolos de aplicación deroguen al régimen del proyecto de Convención, las siguientes desventajas:

- “1) Muchos ordenamientos nacionales, que contienen leyes especiales aplicables a las aeronaves, disponen ya de reglas de cesión que se conforman mejor a las prácticas de financiación de aeronaves que las propuestas en [el proyecto de] la Convención. No hay necesidad alguna de alterar regímenes legales que funcionan adecuadamente para la financiación de aeronaves, salvo que los cambios introducidos hayan sido pensados teniendo expresamente presentes las necesidades de financiación propias de aeronaves.
- 2) Puesto que [el anteproyecto de convenio] pudiera ser aprobado posteriormente, cabe prever que un régimen insatisfactorio sea aplicable a las operaciones concertadas en el intervalo. Siendo ese el caso, es probable que los trámites de ultimación y ratificación [del proyecto] de la Convención se vean complicados o demorados a resultas de las objeciones presentadas por el sector aéreo o por la necesidad de celebrar nuevas consultas nacionales o internacionales.
- 3) El enfoque sugerido agudizará en vez de resolver los problemas relativos al ámbito de aplicación espacial y temporal de ambos instrumentos. Disminuirá la previsibilidad comercial, lo que elevará el costo de estas operaciones.
- 4) Ese enfoque no eliminaría el riesgo de conflicto entre el régimen [proyectado] de la Convención y la Convención de Ginebra [relativa al reconocimiento internacional de derechos reales sobre las aeronaves].”

A este respecto, debe observarse que el anteproyecto de Convenio y su protocolo relativo a las aeronaves han coordinado pormenorizadamente sus respectivos textos con el régimen de la Convención de Ginebra. Las tres primeras desventajas señaladas serían igualmente aplicables en lo relativo a la cesión de créditos vinculados a material rodante o a objetos espaciales.

De no serle posible a la CNUDMI aceptar la solución preferida por la Secretaría del UNIDROIT, anteriormente descrita, de que se excluya de la esfera de aplicación de la Convención la cesión de ciertos créditos en la medida en que dichos créditos pasen a estar asociados con la financiación de cualquiera de esas categorías de bienes de equipo móvil comprendidas en el régimen del anteproyecto de Convenio, la Secretaría del UNIDROIT sugeriría que la Comisión acepte, no obstante, el deseo claramente expresado por los grupos de trabajo aéreo, ferroviario y espacial para que se excluya del régimen general previsto en la Convención, la cesión de ciertos créditos, en la medida en que dichos créditos sean asociados a la financiación de esas categorías de bienes de equipo aéreo, material rodante ferroviario y objetos espaciales a los que será aplicable el régimen del futuro Convenio del UNIDROIT, conforme a lo dispuesto en sus respectivos protocolos.

* * *