



Asamblea General

Distr. LIMITADA

A/CN.9/WG.II/WP.106

16 de septiembre de 1999

ESPAÑOL

Original: INGLÉS

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 II)

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES	2
Sección I. Cedente y cesionario	2
Artículo 13. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario	3
Artículo 14. Garantías implícitas del cedente	4
Artículo 15. Derecho de notificar al deudor	7
Artículo 16. Derecho al pago	9
Sección II. El deudor	10
Artículo 17. Principio de la protección del deudor	10
Artículo 18. Aviso al deudor	11
Artículo 19. Pago liberatorio del deudor	13
Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor	17
Artículo 21. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación	18
Artículo 22. Modificación del contrato de origen	20
Artículo 23. Reintegro de la suma pagada	22

Sección III. Otras partes	23
Artículo 24. Conflicto de derechos entre varios cesionarios	23
Artículo 25. Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia	27
Artículo 26. Conflicto de derechos con respecto al pago	30
CAPÍTULO V. CONFLICTOS DE LEYES	31
Artículo 27. Ley aplicable al contrato de cesión	32
Artículo 28. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor	33
Artículo 29. Ley aplicable a los conflictos de prelación	34
Artículo 30. Reglas imperativas	35
Artículo 31. Orden público	35

INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene la segunda parte del comentario al proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación (el Grupo de Trabajo todavía no ha adoptado el título del proyecto de convención; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al título y al preámbulo). La segunda parte del comentario comienza donde acababa la primera parte, es decir, con el proyecto de artículo 13 y llega hasta el proyecto de artículo 31 (la primera parte del comentario figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.105). El comentario sobre las disposiciones finales y el anexo, si se mantienen (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al anexo), se preparará después que el Grupo de Trabajo adopte en conjunto el proyecto de convención.

CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES

Sección I. Cedente y cesionario

COMENTARIO

1. A diferencia de las demás disposiciones del proyecto de convención, que regulan la cesión como una transferencia de derechos de propiedad sobre créditos, las disposiciones de esta sección tratan de cuestiones normalmente mencionadas en el contrato de cesión u otro acuerdo entre el cedente y el cesionario. La utilidad de estas disposiciones radica en que reconocen la autonomía de la voluntad de las partes y distribuyen los riesgos cuando no existe un acuerdo entre cedente y cesionario.

Artículo 13. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario

REFERENCIAS

A/CN.9/432, párrs. 131 a 144
A/CN.9/434, párrs. 148 a 151
A/CN.9/447, párrs. 17 a 24
A/CN.9/456, párrs. 127 a 128

COMENTARIO

2. La finalidad principal del proyecto de artículo 13 es reafirmar en el contexto de la relación entre el cedente y el cesionario el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, principio ya establecido en términos generales en el proyecto de artículo 6. Cedente y cesionario son libres de estructurar sus derechos y obligaciones respectivos de manera que satisfagan sus necesidades particulares. Son también libres de incorporar a su acuerdo normas o condiciones remitiéndose a ellas de manera general, en lugar de reproducirlas en el acuerdo. Las condiciones con arreglo a las cuales las partes pueden ejercitar su libertad y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan quedan para la ley que rijan su acuerdo.

3. Inspirándose en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante la “Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa”), el proyecto de artículo 13 expone igualmente en sus párrafos 2) y 3) un principio que puede no estar reconocido en todos los ordenamientos jurídicos, a saber, que en la interpretación de los contratos de cesión, deben tenerse en cuenta los usos del comercio y las prácticas establecidas. El párrafo 2) traza una clara distinción entre los usos y las prácticas en la medida en que los primeros tienen que ser convenidos para que obliguen a las partes, mientras que las segundas son vinculantes sin un acuerdo expreso, salvo que las partes acuerden no quedar vinculadas por ellas. Esos usos y prácticas producen derechos y obligaciones para el cedente y el cesionario. No pueden, empero, obligar a terceros, como el deudor o los acreedores del cedente. Tampoco pueden obligar a los cedentes o cesionarios subsiguientes. Todas esas partes no tendrían necesariamente conocimiento de los usos y prácticas acordados por el cedente y el cesionario iniciales.

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

5. El párrafo 3) define el ámbito de los asuntos abarcados por un uso internacional. Conforme a este párrafo, los usos internacionales, obligan únicamente a las partes en las cesiones internacionales. Esa limitación no se creyó necesaria en el artículo 9, ya que la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa se aplica únicamente a las compraventas internacionales. Se estimó, por el contrario, necesaria en el proyecto de artículo 13, dado que el proyecto de convención puede aplicarse a las cesiones nacionales de créditos internacionales. Además, conforme al párrafo 3), al igual que conforme al párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, los usos son aplicables únicamente a la práctica de que se trate. Esto significa que un uso del factoraje internacional no puede aplicarse a una cesión comprendida en una operación de bursatilización. No obstante, a

diferencia del párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, el párrafo 3) no se refiere al conocimiento subjetivo, real o presunto, de las partes sino solamente a los requisitos objetivos de que los usos deben ser muy conocidos y habitualmente observados. El Grupo de Trabajo estimó que, si bien una referencia al conocimiento subjetivo de las partes podía ser útil en una relación entre dos partes, sería inconveniente en una relación tripartita, ya que resultaría extremadamente difícil para los terceros determinar lo que el cedente y el cesionario sabían o debía haber sabido.

* * *

Artículo 14. Garantías implícitas del cedente

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 80 a 88
A/CN.9/432, párrs. 145 a 158
A/CN.9/434, párrs. 152 a 161
A/CN.9/447, párrs. 25 a 40
A/CN.9/456, párrs. 129 y 130

COMENTARIO

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

7. En vista de su importancia para la fijación del precio de una operación, las garantías implícitas son intensamente negociadas y explícitamente acordadas entre el cedente y el cesionario. Reconociendo esta realidad, el proyecto de artículo 14 consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a las garantías implícitas del cedente. Esas garantías pueden derivar del contrato de financiación, el contrato de cesión (si se trata de un contrato aparte) o de cualquier otro contrato entre el cedente y el cesionario. De conformidad con los proyectos de párrafo 2) y 3) de artículo 13, pueden derivar además de los usos y las prácticas del comercio.

8. Además de reconocer el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el proyecto de artículo 14 tiene por fin fijar una norma supletoria que distribuya los riesgos entre el cedente y el cesionario a falta de un acuerdo de las partes sobre este asunto. En la distribución de los riesgos, el objetivo general del proyecto de artículo 14 es contrapesar la necesaria equidad y la necesidad de facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo. Se atiende a la equidad en la medida en que el proyecto de artículo 14 refleja un equilibrio establecido a menudo mediante acuerdo de las partes. Normalmente, en los acuerdos de financiación, el cedente garantiza la existencia del crédito cedido, pero no la solvencia del cedente. Por otro lado, se atiende a un mayor acceso al crédito de bajo costo en la medida en que, si las partes no se han puesto de acuerdo sobre las garantías implícitas, a falta de una norma análoga a la del proyecto de artículo 14, será mayor el riesgo de impagado. Esta situación podría frustrar una operación (si el riesgo fuera demasiado elevado) o, por lo menos, disminuir la cuantía del crédito ofrecido y aumentar su costo. En la

medida en que el cedente pudiese repercutir el costo en el deudor, los bienes y servicios del cedente serían más caros o incluso inalcanzables para el deudor.

9. Conforme al párrafo 1), el cedente garantiza implícitamente que tiene derecho a ceder el crédito; que no lo ha cedido anteriormente y que el deudor no puede y no podrá oponer excepciones. Dada la necesidad de que el cesionario pueda antes otorgar crédito calcular el riesgo que entraña una operación, el párrafo 1) dispone que las garantías implícitas deben darse y tendrán efecto en el momento de la celebración del contrato de cesión. Se considera que esas garantías implícitas se dan no sólo al cesionario inmediato sino también a cualquier cesionario subsiguiente. Por consiguiente, todo cesionario subsiguiente puede dirigirse contra el cedente por incumplimiento de las garantías implícitas. Si éstas se considerasen dadas únicamente respecto del cesionario inmediato, todo cesionario subsiguiente podría recurrir solamente contra su cedente inmediato, proceso que aumentaría el riesgo y, por lo tanto, el costo de operaciones en que interviniesen cesiones subsiguientes.

10. Los apartados a) a c) introducen garantías implícitas que podrían describirse en términos generales como garantías implícitas relativas a “la existencia” del crédito (o su transferibilidad). Si el cedente no está facultado para ceder, ha cedido anteriormente o ha quitado en alguna medida valor a los créditos cumpliendo de manera incorrecta el contrato con el deudor, el crédito no “existe”. A este respecto, durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se expresó preocupación porque, al permitir a las partes modificar las garantías implícitas relativas a la existencia misma de los créditos cedidos, el artículo 14 podría ser contrario a las normas de la buena fe. Para atender a esta inquietud, se hizo la sugerencia de suprimir por entero el proyecto de artículo 14, o no someterlo a la autonomía de la voluntad de las partes o, por lo menos, hacerlo objeto de modificación únicamente mediante un acuerdo explícito entre las partes. No obstante, el Grupo de Trabajo acordó mantener sin cambios el proyecto de artículo 14. Se estimó en general que, si bien es un objetivo importante hacer que la práctica comercial se ajuste a las normas de la buena fe, ello no debe lograrse a expensas de la capacidad de las partes de convenir la distribución de los riesgos -y por lo tanto del costo- en las operaciones de financiación. Por consiguiente, se acordó no limitar la autonomía de la voluntad de las partes y dejar para la ley que rigiese el contrato la interpretación de éste en caso de un acuerdo implícito.

11. El cedente incumple la garantía implícita de su derecho a ceder, introducida en el apartado a), si no tiene la capacidad o la facultad de actuar, o si pesa sobre la cesión alguna limitación legal. Este enfoque se justifica por el hecho de que el cedente es quien está en mejor situación para saber si tiene derecho a ceder. Sin embargo, el cedente no responde del incumplimiento de las garantías implícitas si el contrato de origen contiene una cláusula de intrasferibilidad. El Grupo de Trabajo decidió que no era necesario mencionar esa norma en el apartado a), ya que está implícita en el proyecto de artículo 10, conforme al cual la cesión es eficaz incluso si se hace infringiendo una cláusula de intrasferibilidad.

12. La garantía implícita, contenida en el apartado b), de que el cedente no ha cedido anteriormente el crédito tiene por finalidad hacer responsable al cedente frente al cesionario si, como consecuencia de una cesión anterior efectuada por el cedente, el cesionario no tiene prelación. Este resultado puede producirse cuando el cesionario no tiene ninguna manera objetiva de determinar si se ha producido una cesión anterior. Pero el apartado b) no exige que el cedente garantice implícitamente que no cederá los créditos a otro cesionario después de la primera cesión. Esa garantía sería contraria a la práctica moderna de financiación, en la cual el derecho del cedente a ofrecer como garantía los mismos créditos a diferentes prestamistas para obtener crédito es absolutamente indispensable. Ese tipo de garantía mediante un compromiso negativo forma normalmente parte de ciertas operaciones excepcionales, como los acuerdos de subordinación mediante los cuales los acreedores de los mismos créditos resuelven conflictos de prelación.

13. El apartado c) impone al cedente el riesgo de excepciones o derechos de compensación ocultos del deudor que pueden frustrar en todo o en parte el derecho del cesionario. Esta disposición parte de la premisa de que, si cumple correctamente su contrato con el deudor, el cedente podrá impedir que se planteen esas excepciones. En

particular, en el contexto de la compraventa de bienes en la que se incluyen elementos de servicio y mantenimiento, ese método daría como resultado un grado más alto de responsabilidad del cedente en el correcto cumplimiento de su contrato con el deudor. La disposición se basa además en el supuesto de que, en cualquier caso, el cedente estará en mejor situación de saber si el contrato se cumplirá correctamente, incluso si el cedente es sólo vendedor de bienes fabricados por un tercero. En todos esos casos, no hay necesidad de que el cedente tenga conocimiento real de ninguna excepción.

14. El apartado c) tiene un amplio alcance y abarca las excepciones y los derechos de compensación, tengan ellos origen contractual o no contractual, y se relacionen con créditos existentes o futuros. Comprende también los derechos de compensación derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen. Con respecto a las garantías implícitas relativas a la ausencia de excepciones contra créditos futuros cedidos en bloque a título de garantía, el Grupo de Trabajo creyó que la garantía implícita contenida en el apartado c) refleja adecuadamente la práctica actual. De acuerdo con esa práctica, en las cesiones en bloque de créditos libres de excepciones y créditos susceptibles de excepciones, los cedentes reciben normalmente crédito sólo en la cuantía de los créditos que previsiblemente no estén sometidos a excepciones, aunque tengan que devolver una cantidad mayor. Además, en caso de que el deudor no pague, el cedente debe retomar los créditos respecto de los cuales el cesionario no pueda obtener el pago del deudor y reemplazarlos con otros créditos o devolver el precio de los créditos no pagados (“financiación recurrente”).

15. Las consecuencias jurídicas de un incumplimiento por el cedente de las garantías implícitas se dejan para la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo examinó, en particular, la cuestión de si, en caso de incumplimiento por el deudor de las garantías implícitas, los créditos se vuelven a transferir automáticamente al cedente o si, en ese caso, se necesita un acto de transferencia. La importancia práctica de esta cuestión radica en que, si los créditos que el cesionario no puede cobrar se vuelven a transferir automáticamente y el cedente mientras tanto ha caído en la insolvencia, el cesionario puede tener mejores posibilidades de separar de la masa de la insolvencia el precio pagado por los créditos o, por lo menos, cobrarse del producto de los créditos antes que los acreedores quirografarios. Si, por el contrario, se necesita un acto de transferencia y el cedente ha caído en la insolvencia, puede que esa retransferencia sea aceptada por el administrador de la insolvencia. El Grupo de Trabajo decidió no tratar las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de garantías implícitas, estimando que esta materia entraña un incumplimiento del contrato de financiación o del contrato de cesión (si es un contrato diferente) y debe dejarse para la ley que rija ese contrato. Los razones esgrimidas por el Grupo de Trabajo en apoyo de este criterio son que: los asuntos relativos al contrato de financiación subyacente quedan fuera del ámbito del proyecto de convención; y, en cualquier caso, sería muy difícil que el Grupo de Trabajo llegase a un acuerdo sobre cuestiones como la responsabilidad por incumplimiento de garantías implícitas.

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

* * *

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 89 a 94 y 119 a 122
A/CN.9/432, párrs. 159 a 164 y 175
A/CN.9/434, párrs. 162 a 165
A/CN.9/447, párrs. 41 a 47
A/CN.9/456, párrs. 131 a 144 y 193

COMENTARIO

17. El proyecto de artículo 15 se refiere a la cuestión de cuál de los dos, el cedente o el cesionario, tiene derecho a notificar al deudor y a solicitar el pago. No tiene por fin ocuparse de las condiciones para que una notificación sea eficaz frente al deudor, cosa que se trata en el proyecto de artículo 18, ni la cuestión de a quién debe pagar el deudor para obtener una liberación válida, que es objeto del proyecto de artículo 19, ni las demás consecuencias jurídicas de la notificación, a que se refieren los proyectos de artículos 20 y 22 (sobre esas cuestiones, véase el párrafo 33).

18. El principal objetivo del proyecto de artículo 15 es reconocer el derecho del cesionario a notificar al deudor y a solicitar el pago, sin la cooperación o la autorización del cedente. El Grupo de Trabajo reconoció que, en algunas prácticas, es normal que el cedente notifique al deudor en el momento en que se hace una cesión y le solicite que el pago se efectúe al cesionario (por ejemplo, en el facturaje). Pero, al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo tuvo presente que, en otras prácticas, era importante que el cesionario pudiese notificar independientemente del cedente, hubiera o no incumplimiento. Se estimó en general que, como cuestión de principio, el cesionario, en su calidad de nuevo acreedor, debía tener, frente al cedente, el derecho a notificar al deudor y solicitar el pago. Se pensó que la protección del deudor contra el riesgo de que una persona posiblemente desconocida le notificase y le pidiese que pagara era un asunto diferente que podía resolverse permitiendo al deudor, en caso de notificación del cesionario, que pidiese prueba suficiente (véase el párr. 47).

19. Se consideró importante desde el punto de vista práctico conceder al cesionario un derecho autónomo a notificar al deudor, en particular porque el cedente podría no estar dispuesto a cooperar con el cesionario o, en caso de insolvencia, verse impedido de hacerlo. Además, se pensó que, por lo menos en los ordenamientos jurídicos en los que la prelación se determina sobre la base del momento de la notificación al deudor, el cedente, actuando en colusión con un acreedor, contra los intereses de otro acreedor, podría determinar el orden de prelación, a menos que cada acreedor tuviese derecho a notificar al deudor independientemente del cedente. El Grupo de Trabajo confirmó que el cedente puede siempre notificar al deudor independientemente de cualquier cesionario, incluso cuando esa notificación constituyese el incumplimiento de un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Se juzgó generalmente que el deudor debía poder liberarse de su obligación ateniéndose a las instrucciones del cedente contenidas en la notificación y no debía preocuparse de los arreglos privados existentes entre cedente y cesionario (no obstante, después de la notificación de la cesión, el deudor queda liberado pagando al cesionario o como éste le indique; véase el cambio en el proyecto de párrafo 2) de artículo 19 sugerido por la Secretaría en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 8 al proyecto de artículo 19).

20. A fin de tomar en consideración las prácticas sin notificación, ésta se formula en el párrafo 1) como un derecho y no como una obligación. En esas prácticas, se notifica normalmente la cesión al deudor y el cedente recibe el pago en nombre del cesionario. El proyecto de artículo 15 tiene también por fin reconocer prácticas en las que el deudor sigue pagando como antes de la cesión, mientras que el cedente y el cesionario convienen acerca del control de la cuenta o la dirección (por ejemplo, un apartado postal) a los que se hace el pago. En esas prácticas, a fin de evitar problemas al deudor que tal vez ocasionasen una interrupción de la corriente normal de pagos, o bien no se notifica en absoluto al deudor o se le notifica y se le indica que continúe pagando al cedente (esa notificación tiene normalmente por fin impedir que el deudor adquiera derechos de compensación después de la notificación derivados

de contratos no relacionados con el contrato de origen). Sólo en situaciones excepcionales (por ejemplo, en caso de incumplimiento), se notifica al deudor y se le dan instrucciones de pago diferentes (es decir, pagar al cesionario o a otra persona o a una cuenta o una dirección diferentes).

21. Aunque el proyecto de artículo 15 confiere al cesionario un derecho autónomo a notificar al deudor y solicitarle el pago, también reconoce el derecho del cedente y el cesionario a negociar y convenir de manera ajustada a sus necesidades particulares sobre el punto de la notificación al deudor. Por ejemplo, el cedente y el cesionario pueden acordar en que no se hará ninguna notificación al deudor mientras no se interrumpa la corriente de pagos (como, por ejemplo, en un descuento oculto de facturas). Para asegurarse de que no se necesita un acuerdo expreso, las palabras iniciales del párrafo 1) se formulan de manera negativa (“a menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa”).

22. La definición de “notificación” que figura en el proyecto de artículo 5 no contiene ninguna referencia a la identificación del destinatario del pago y el proyecto de artículo 15 se refiere por separado a la notificación y la solicitud de pago. Éste tiene por fin reconocer la diferencia, de objeto y de momento, entre una notificación y una instrucción para el pago y dar validez a prácticas en las que hay notificación sin que haya instrucciones de pago. Con arreglo a este criterio, la mera notificación de una cesión es válida a los efectos de excluir los derechos de compensación del deudor derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen, así como para la finalidad de cambiar la manera como el cedente y el deudor puedan modificar el contrato de origen. Pero, a fin de evitar complicar la liberación del deudor, el Grupo de Trabajo decidió no definir “instrucción para el pago” ni basar la liberación del deudor en el recibo de una instrucción para el pago. Conforme al párrafo 1), pueden enviar una instrucción de pago el cedente, junto con la notificación, o después de una notificación, el cesionario. El párrafo 1), a diferencia del proyecto de artículo 19, se refiere al momento en que se “envía” la notificación (y no se “recibe”), ya que ni el cedente ni el cesionario tienen una manera de determinar el momento de la recepción. Ese asunto puede ser importante para la liberación del deudor, de que trata el proyecto de artículo 19, pero no para la determinación de quién, el cedente o el cesionario, tiene derecho a dar una instrucción de pago.

23. El párrafo 2) se ocupa de la eficacia de una notificación hecha en violación de un acuerdo entre el cedente y el cesionario. La norma, introducida en la primera oración del párrafo 2), es que, si se notifica incumpliendo ese acuerdo y el deudor paga, éste queda liberado (como se trata de una cuestión relativa a la liberación del deudor, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de trasladar la primera oración del párrafo 2) al proyecto de artículo 19; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 15). Si la persona que incumple ese acuerdo es o no responsable por incumplimiento de contrato, conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, es asunto aparte que no debe afectar a la liberación del deudor, que no es parte en ese acuerdo. Pero una notificación hecha incumpliendo un acuerdo entre el cedente y el cesionario no excluye ningún derecho de compensación del deudor nacido de contratos no relacionados con el contrato de origen (proyecto de artículo 20); provoca un cambio de la manera como el cedente y el deudor pueden modificar el contrato de origen (proyecto de artículo 22); ni crea una base para determinar la prelación conforme a la ley aplicable en ese aspecto (proyectos de artículo 24 a 26). El Grupo de Trabajo estimó que esas consecuencias otorgarían una ventaja indebida al cesionario que incorrectamente notificase al deudor. La formulación negativa del párrafo 2) “no carecerán de validez*” tiene por fin asegurarse de que la mera violación de un acuerdo entre cedente y cesionario, por un lado, no invalida la notificación a los efectos de la liberación del deudor, pero, por el otro, no obstaculiza la ley del contrato en cuanto a las condiciones exigidas para que ese acuerdo sea eficaz.

* * *

Artículo 16. Derecho al pago

REFERENCIAS

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

COMENTARIO

24. Los proyectos de artículo 2, 8 y 15 establecen, entre cedente y cesionario, el derecho del cesionario a solicitar el pago. Éste queda, por lo tanto, sometido al principio general de la autonomía de la voluntad de las partes expresado en el proyecto de artículo 6 y se formula como una norma supletoria aplicable a falta de un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Queda asimismo sometido a las disposiciones del proyecto de convención sobre protección del deudor y prelación. Aunque el proyecto de artículo 16 no define el producto, está formulado en términos amplios para que abarque tanto el producto de los créditos como el producto del producto, así como el pago en efectivo y en especie, por ejemplo, mercancías devueltas (para una sugerencia de que se defina “producto” y remitirse al “pago u otra forma de cumplimiento*”, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 al proyecto de artículo 16).

25. El derecho del cesionario al producto es independiente de cualquier notificación de la cesión. La razón para adoptar este criterio es la necesidad de asegurar que: cuando el pago se efectúa al cesionario antes de la notificación, el cesionario puede retener el producto de pago; y cuando se hace al cedente después de la notificación (cosa que no libera al deudor de su deuda), el cesionario tendrá un derecho a esos pagos. Ese derecho es de particular importancia cuando el cedente o el deudor caen en la insolvencia. Si el pago se efectúa al cedente después de la notificación, el cesionario puede, en principio, reclamar el pago del cedente, conforme al proyecto de párrafo 1) b) de artículo 16 o del deudor, conforme al proyecto de párrafo 2) del artículo 19. En la práctica, no obstante, el cesionario no reclamará un segundo pago del deudor, a menos que el cedente haya caído en la insolvencia. En ese caso, cualquier derecho que el deudor pudiese tener contra los bienes del cedente insolvente (por ejemplo, sobre la base de los principios del enriquecimiento injusto) carecería normalmente de sentido, ya que es improbable que los acreedores con créditos personales lograsen obtener el pago. Pero este resultado es apropiado en tanto que el deudor, que paga al cedente después de la notificación, asume el riesgo de tener que pagar dos veces.

26. El proyecto de artículo 16 abarca las situaciones en las que el pago se ha hecho al cesionario, el cedente u otra persona. En este último caso, el derecho del cesionario queda sometido a la prelación. En este contexto, el Grupo de Trabajo decidió no hacer una remisión amplia a ningún “derecho superior conforme a la ley aplicable”, que abarcaría el derecho de una institución depositaria de los pagos recibidos de buena fe. El Grupo de Trabajo estimó que el cesionario no debe poder reclamar de la institución depositaria esos pagos recibidos de buena fe y mezclados con otros activos (para una sugerencia que se aclare en el párrafo 2) que el derecho a reclamar el pago de un tercero es un derecho entre el cedente y el cesionario sometido a la autonomía de la voluntad de las partes, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 al proyecto de artículo 16).

27. Conforme al párrafo 2), aunque el cesionario puede reclamar todo el producto del pago, sólo puede conservar una cantidad igual a la cuantía debida más intereses (tal vez haya que ocuparse explícitamente de los intereses; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 3 al proyecto de artículo 16). Este enfoque tiene por fin reflejar la práctica normal de las cesiones a título de garantía, según la cual el cesionario puede tener derecho a cobrar la cuantía íntegra del crédito pero debe dar cuenta al cedente o sus acreedores del saldo que quede después de pagar su reclamación y devolvérselo. El Grupo de Trabajo tal vez desee reexaminar si la expresión “valor que le corresponda” refleja adecuadamente la intención del párrafo 2).

28. En cuanto a la interacción de los proyectos de artículo 12 y 16, cabe observar que el deudor soberano puede liberarse de su deuda pagando al cedente, mientras que el cesionario tendría un derecho a reclamar de éste el producto del pago. La cuestión de si ese derecho es real o personal se deja para la ley aplicable a la prelación.

Sección II. El deudor

Artículo 17. Principio de la protección del deudor

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párr. 101
A/CN.9/432, párrs. 33 a 38, 89 a 90, 206 y 244
A/CN.9/434, párrs. 86 a 95
A/CN.9/455, párrs. 195 a 198
A/CN.9/456, párrs. 21, 81 y 168 a 176

COMENTARIO

29. La finalidad primordial de una ley relacionada con la cesión puede ser establecer un equilibrio adecuado entre, por un lado, la necesidad de permitir a las partes que movilicen sus créditos a los efectos de obtener crédito y servicios y, por otra, garantizar que la situación jurídica del deudor no se vea negativamente afectada. A fin de subrayar de manera destacada la necesidad de proteger al deudor, el Grupo de Trabajo decidió incluir en el preámbulo una mención de este principio de importancia suprema para el proyecto de convención y, en el proyecto de artículo 17, una exposición general del mismo. El principio de protección del deudor halla una aplicación más concreta en las disposiciones de la sección II del capítulo IV. Ésta es también la razón del requisito contenido en el proyecto de párrafo 3) del artículo 1 de que, para que se apliquen las disposiciones del proyecto de convención que afectan a los derechos y las obligaciones del deudor (por ejemplo, el capítulo III y la sección II del capítulo IV), el deudor debe hallarse en un Estado Contratante. Por el mismo principio se limita el derecho del cedente y el cesionario a excluir del todo la aplicación del proyecto de convención en conjunto (proyecto de artículo 6). Esa exclusión podría dejar de lado el sistema de protección del deudor introducido por el proyecto de convención. La necesidad de introducir una protección especial para los deudores soberanos es también la política que subyace al proyecto de artículo 12. El proyecto de artículo 28, que somete varias cuestiones relacionadas con el deudor a la ley que rija el crédito es igualmente una aplicación especial del principio general consagrado en el proyecto de artículo 17. Esta ley será la ley que rija el contrato de origen, que probablemente será la misma ley elegida por el cedente y el deudor en el momento en que asumieron sus obligaciones originales.

30. La norma básica del párrafo 1) es que el proyecto de convención no tiene por fin afectar negativamente los derechos y obligaciones del deudor. No se propone, en particular, cambiar las condiciones de pago estipuladas en el contrato de origen (por ejemplo, la cantidad debida, el momento y el lugar del pago). Hay tres excepciones a esta norma básica. Primeramente, el deudor puede negociar con el cedente o con el cesionario y convenir en renunciar a sus excepciones o derechos de compensación. Ese acuerdo puede permitir al deudor obtener un beneficio, como una cantidad mayor de crédito, un período de amortización más largo o un tipo de interés inferior. El proyecto de artículo 21 se refiere a ese acuerdo entre el cedente y el deudor para introducir ciertas limitaciones. No se ocupa, sin embargo, de las renunciaciones a excepciones acordadas por el cesionario y el deudor, que se dejan para otra ley. Queda también para otra ley decidir si una renuncia a las excepciones debe interpretarse como un consentimiento o una confirmación del consentimiento del deudor a la cesión (véase el párrafo 56).

31. La segunda excepción consiste en las disposiciones del proyecto de convención que no afectan a la situación jurídica del deudor. Esas disposiciones son: el proyecto de artículo 10 (una cesión es eficaz incluso si se hace a pesar

de la existencia de una cláusula de intransferibilidad); el proyecto de artículo 19 (después de la notificación, el deudor puede liberarse de su obligación pagando como se indica en la notificación o en una posterior instrucción del pago dada por el cesionario); el proyecto de párrafo 2) de artículo 20 (después de la notificación, el deudor no puede hacer valer contra el cesionario ningún derecho de compensación derivado de contratos no relacionados con el contrato de origen); el proyecto de párrafo 3) de artículo 20 (el deudor no puede formular contra el cesionario ninguna reclamación por el incumplimiento por el cedente de una cláusula de intransferibilidad); el proyecto de artículo 22 (después de la notificación, el derecho del deudor a modificar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario es limitado); y el proyecto de artículo 23 (el deudor puede recobrar del cesionario los pagos efectuados a pesar de que el cedente pueda haber incumplido; el deudor deberá recuperar esos pagos del cedente asumiendo así el riesgo de la insolvencia de su cocontratante).

32. La tercera excepción a la norma establecida en el párrafo 1) figura en el párrafo 2). Conforme a éste, una instrucción de pago, dada junto con la notificación o posteriormente, puede cambiar la persona, la dirección o la cuenta a la que se ha de hacer el pago. No obstante, una instrucción del pago no puede cambiar la moneda de pago. Tampoco puede cambiar el país de pago, a menos que el cambio resulte beneficioso para el deudor y tenga como consecuencia que se permita el pago en el país en que se encuentra el deudor. Dicho cambio de país de pago se permite a menudo en contratos de facturaje, con miras a facilitar el pago por los deudores.

* * *

Artículo 18. Aviso al deudor

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 124 y 125
A/CN.9/432, párrs. 176 y 177, 188
A/CN.9/434, párrs. 172 a 175
A/CN.9/456, párrs. 45 a 47 y 158 a 159
A/CN.9/456, párrs. 59 a 66
A/CN.9/456, párrs. 177 a 180

COMENTARIO

33. Como ya se dijo (párr. 17), el proyecto de convención trata en varios artículos los diversos aspectos de la notificación de la cesión. El proyecto de apartado f) de artículo 5 define la notificación a los efectos del proyecto de convención. El proyecto de artículo 15 se refiere a la notificación como un derecho del cedente y del cesionario. El proyecto de artículo 18 se ocupa de cuestiones relativas a la notificación pertinentes a la situación jurídica del deudor en general. También se refiere a una instrucción de pago, la cual, aunque no se defina en el proyecto de convención, se describe en términos generales en el proyecto de párrafo 2) de artículo 17. Los proyectos de artículo 19, 20 y 22 hacen referencia a las consecuencias jurídicas de la notificación.

34. El objetivo principal del proyecto de artículo 18 es reafirmar la “norma de la recepción”, es decir, que una notificación y una instrucción de pago adquieren eficacia cuando el deudor las recibe. La principal razón para que el Grupo de Trabajo aceptase esta norma es que una notificación, acompañada o no de una instrucción de pago, acarrea consecuencias considerables para la situación jurídica del deudor (desencadena un cambio en la manera como el deudor puede liberarse de su deuda, excluye los derechos de compensación nacidos de contratos no relacionados con el contrato de origen y modifica la manera en que el deudor puede enmendar el contrato de origen de acuerdo con el cedente). Esas consecuencias pueden producirse sólo cuando una notificación o una instrucción para el pago constan en un idioma en el que “razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido”.

Por ejemplo, cuando la notificación se hace en forma electrónica y no es inmediatamente legible, el deudor debe poder descifrarla fácilmente. Con objeto de evitar que se cree incertidumbre, el párrafo 1) introduce una norma de “puerto seguro”, según la cual el idioma del contrato de origen satisface la norma exigible.

35. Tras recibir una notificación, si el deudor no está dispuesto a aceptar ningún cambio que pueda resultar de una cesión, podrá, a sabiendas de que no le será posible adquirir nuevos derechos de compensación, evitar ulteriores relaciones contractuales con el cedente. En casos excepcionales, en que la cesión representa un incumplimiento fundamental de un acuerdo de intransferibilidad, el deudor podrá incluso rescindir el contrato original. No obstante, sólo cabrá aplicar un remedio tan radical cuando de la cesión se derive una gravosidad extrema para el deudor. De no ser así, el riesgo de que el contrato se rescinda puede en sí mismo ejercer una influencia negativa sobre el costo y la disponibilidad de crédito (véase el párr. 50; véase también el documento A/CN.9/WG.II/WP.105, párr. 86). Para evitar este resultado, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de aclarar en el proyecto de artículo 10 que todo el resarcimiento que el deudor pueda exigir del cedente por incumplimiento de la cláusula de intransferibilidad se limitará a reclamar una indemnización por daños y perjuicios (o que el deudor no pueda declarar rescindido el contrato de origen sólo porque el cedente violó una cláusula de intransferibilidad). Este resultado podría obtenerse de dos modos, ya que podría interpretarse que el proyecto de artículo 10, el proyecto de párrafo 3) de artículo 20 y el proyecto de artículo 22 excluyen un remedio tan radical, por lo menos después de la notificación de la cesión. Permitir al deudor que declarase rescindido el contrato sólo por la violación de una cláusula de intransferibilidad iría contra el principio de que la cesión es eficaz incluso si se hace infringiendo tal cláusula y el principio de que, en ese caso, el deudor no puede esgrimir frente al cesionario ninguna reclamación que pueda caberle contra el cedente por incumplimiento del contrato. Además, si no se permite lo mínimo, es decir una modificación del contrato de origen después de la notificación del deudor sin consentimiento del cesionario, tampoco debería poderse permitir lo máximo, es decir, la cancelación del contrato.

36. Conforme al párrafo 2), una notificación puede corresponder a créditos futuros. Esta norma es de importancia suprema. Si una notificación o una instrucción para el pago en relación con créditos futuros careciese de eficacia, el deudor podría negarse a pagar al cesionario a pesar de una notificación o una instrucción para el pago. Además, si la ley aplicable a las cuestiones de prelación conforme a los proyectos de artículo 24 a 26 resolviese conflictos de prioridad sobre la base del momento de la notificación, los cesionarios no podían notificar eficazmente al deudor y de este modo establecer prelación en cuanto a los créditos futuros (véase el párr. 78). Ese resultado podría virtualmente frustrar la posibilidad de obtener crédito sobre la base de créditos futuros.

37. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si, a fin de proteger al cedente del riesgo de verse privado de todos sus créditos, la eficacia de una notificación relativa a créditos futuros debiera limitarse a un período determinado, que pudiera quizá prolongarse mediante una segunda notificación. El Grupo de Trabajo decidió no introducir esa limitación. Se estimó que esas restricciones eran materia del contrato de financiación, con el que el proyecto de convención debía evitar toda intromisión. También se consideró que cualquier período fijo sería arbitrario y perturbaría las prácticas comerciales basadas en relaciones de larga duración. En particular en los contratos a largo plazo, el requisito de renovar una notificación al expirar el período fijado podría ser demasiado gravoso tanto para el cesionario como para el deudor. El cesionario tropezaría con dificultades para fijar la fecha de recepción de la notificación por el deudor, momento en el cual empezaría a correr el período. El deudor soportaría una carga excesiva con la obligación de verificar la fecha anterior en que se recibió la notificación, a efectos de determinar si podría liberarse pagando al cesionario.

38. El párrafo 3) es una de las disposiciones importantes del proyecto de convención, en particular para las operaciones de facturaje internacional. En esas operaciones, el cedente normalmente cede los créditos a un cesionario en su propio país (empresa de facturaje exportadora) y ésta posteriormente los cede a un cesionario en el país del deudor (empresa de facturaje importadora). Con ese arreglo, el cobro del deudor se ve facilitado en la medida en que la empresa importadora puede adoptar todas las medidas necesarias para que la segunda cesión sea eficaz frente al

deudor. El funcionamiento eficiente de esas operaciones se basa en el supuesto de que la primera cesión es también eficaz frente al deudor. Dado que sólo al deudor se notifica en la segunda cesión, es imprescindible asegurarse de que esa notificación de la segunda cesión abarca igualmente la primera. En otro caso, la primera cesión podría resultar ineficaz frente al deudor, situación que posiblemente afectaría igualmente la eficacia de la segunda cesión. Para atender a situaciones en las que se hace más de una cesión subsiguiente, el párrafo 3) dispone que el aviso comprende toda cesión anterior, y no sólo la inmediatamente precedente (en cuanto la cuestión de la liberación del deudor en el caso de varias notificaciones relativas a subsiguientes cesiones, véase el párrafo 45).

* * *

Artículo 19. Pago liberatorio del deudor

REFERENCIAS

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

COMENTARIO

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

40. Conforme al párrafo 1), hasta el momento en que recibe un aviso, el deudor tiene derecho, pero no está obligado, a liberarse efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen (es decir, pagando al cedente o a otra persona o una cuenta o una dirección indicadas en el contrato de origen). Dado que la cesión es eficaz desde el momento de la celebración del contrato de cesión, el deudor, conocedor de la cesión, puede preferir liberarse de su deuda pagando al cesionario. Pero, en tal caso, el deudor asume el riesgo de tener que pagar dos veces, si resulta luego que no hubo ninguna cesión. El Grupo de Trabajo decidió no referirse explícitamente a la posibilidad de que el deudor pueda pagar al cedente o al cesionario con objeto de evitar el socavamiento de prácticas, como la bursatilización, en las que normalmente se espera que el deudor continúe pagando al cedente (sin embargo, puede que el problema no se resuelva de esta manera; para la sugerencia de la Secretaría a este respecto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 al proyecto de artículo 19). La referencia al pago “de conformidad con el contrato de origen”, y no al pago al cedente, tiene por fin conservar el derecho del cedente y el deudor a acordar cualquier tipo de pago adecuado para satisfacer sus necesidades (por ejemplo, pago a una cuenta bancaria sin identificación del titular de la cuenta, o pago a un tercero).

41. El Grupo de Trabajo examinó con bastante detenimiento la cuestión de si el conocimiento de una cesión debía tratarse como una notificación y ocasionar un cambio de la manera cómo el deudor podría cumplir su obligación. Se argumentó que iría contra la buena fe permitir al deudor liberarse de su deuda pagando al cedente, en particular cuando el deudor conocía realmente la cesión, o pagando al cesionario, en particular cuando el deudor sabía que alguna otra persona tenía un derecho superior. El Grupo de Trabajo decidió que el conocimiento de una cesión no debía afectar a la liberación del deudor. Se estimó en general que, si bien es un objetivo importante hacer que la práctica comercial se ajuste a las normas de la buena fe, esto no debe hacerse a costa de la certeza. La certeza disminuiría si el conocimiento de la cesión desencadenase un cambio de la manera cómo el deudor puede cumplir su obligación. En ese caso, el cedente o la persona con un derecho superior, que no tuviese en sus manos las pruebas pertinentes, tendría que determinar qué sabía el deudor. Si la carga de la prueba se impusiera al deudor, éste no obtendría una liberación válida a menos que pudiese demostrar que no tenía conocimiento de la cesión. De ser así, habría que determinar qué constituye conocimiento (por ejemplo, el conocimiento general de que se efectuó una cesión o el de los detalles de ésta, como la cuantía exacta de los créditos cedidos y, en el caso de una cesión a título de garantía, la deuda garantizada). Este proceso sería particularmente engorroso en el caso de varias cesiones incompatibles. En consecuencia, se vería gravemente comprometida la certeza necesaria en una norma sobre la liberación del deudor. El Grupo de Trabajo tomó además en cuenta que, en ciertos casos (por ejemplo, en la bursatilización y en el descuento oculto de facturas) es práctica comercial normal que el deudor continúe pagando al cedente incluso a sabiendas de la cesión, ya que el cesionario no dispone de la necesaria estructura empresarial para recibir los pagos.

42. El Grupo de Trabajo examinó también la cuestión de si la debían tenerse en cuenta en relación con la liberación del deudor la nulidad (por ejemplo, por fraude o violencia o falta de capacidad para actuar) o el conocimiento de la nulidad de una cesión. En una etapa temprana de su labor, el Grupo de Trabajo examinó una disposición según la cual el deudor debería poder cumplir su obligación incluso si alguna de las cesiones en una cadena de ellas fuera nula (A/CN.9/WG.II/WP.96, proyecto de artículo 27). Se juzgó que no debía exponerse al deudor al riesgo de tener que pagar dos veces simplemente porque partes desconocidas por él decidiesen efectuar subsiguientes cesiones. En último término, el Grupo de Trabajo decidió que la cuestión del pago a una persona la cesión a la cual era nula se planteaba sólo en situaciones excepcionales y podía dejarse para la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (este es en sustancia el contenido del proyecto de párrafo 8 de artículo 19; para las sugerencias de la Secretaría con respecto a este asunto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 6 a 8 al proyecto de artículo 19).

43. A diferencia del párrafo 1), el párrafo 2) no da al deudor opción sobre cómo liberarse de su deuda. Después de la notificación, el deudor sólo puede cumplir su obligación pagando al cesionario o siguiendo las instrucciones de éste. La referencia a las instrucciones para el pago tiene por fin atender a las necesidades de diversas prácticas. El cesionario puede, por ejemplo, notificar al deudor a fin de congelar los derechos de compensación de éste último, sin solicitar el pago o solicitándole que continúe pagando al cedente. Este es el caso, por ejemplo, en el descuento oculto de facturas o la bursatilización). El Grupo de Trabajo tal vez desee establecer explícitamente en el párrafo 2) lo que ya se dice en el proyecto de párrafo 1) de artículo 15, a saber, que esas instrucciones pueden darlas el cedente o el cesionario junto con la notificación o únicamente el cesionario después de ésta (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 8 del proyecto de artículo 19).

44. Los párrafos 3) y 5) tienen por fin proporcionar normas claras y simples sobre la liberación en el caso de varias notificaciones. El párrafo 3) se refiere a situaciones en las que el deudor recibe varias notificaciones relativas a más de una cesión de los mismos créditos por el mismo cedente (“cesiones duplicadas”). Esas situaciones no entrañan necesariamente fraude. Pueden, por ejemplo, comprender varias cesiones de partes diferentes de créditos a título de garantía, en las que la principal cuestión es saber quién obtendrá primero el pago (es decir, quién tiene prelación). Una vez acordado que la cesión no debe afectar negativamente la situación jurídica del deudor, el Grupo de Trabajo trazó una clara distinción entre la cuestión de la liberación del deudor y la de la prelación. En

consecuencia el pago conforme al párrafo 3) de conformidad con la primera notificación libera al deudor, incluso si la persona que recibe el pago no tiene prelación. El razonamiento subyacente es que sería injusto e incompatible con la política de protección del deudor exigir a éste que determinase quién, de varios reclamantes, tiene prelación y que el deudor pagase por segunda vez de haberlo hecho a quien no debía. El deudor tendría muy probablemente acción contra esa persona, pero los derechos del deudor podrían verse frustrados de caer esa persona en la insolvencia. El riesgo de la insolvencia del deudor que reciba el pago debe recaer sobre los diversos reclamantes de los créditos y no sobre el deudor. Esos reclamantes tendrían que resolver entre ellos mismos sus derechos en los procedimientos de pago de conformidad con la ley que rigiese la prelación conforme al proyecto de convención.

45. El párrafo 5) se ocupa de las notificaciones relativas a más de una cesión subsiguiente. Esas situaciones se dan raramente en la práctica, ya que normalmente sólo el último en una cadena de cesionarios notifica al deudor y solicita el pago. En cualquier caso, para evitar toda incertidumbre en cuanto a cómo el deudor puede liberarse de su deuda, el párrafo 5) dispone que el deudor debe seguir las instrucciones contenidas en la notificación de la última cesión de una cadena de ellas. Para que se aplique esa norma, las notificaciones recibidas por el deudor han de ser prontamente identificables como avisos relativos a cesiones subsiguientes. En otro caso, se aplicaría la norma contenida en el párrafo 3) y el deudor quedaría liberado por el pago de conformidad con la primera notificación recibida. En cualquier caso, conforme al párrafo 6), el deudor, en caso de duda, puede pedir prueba suficiente a los cesionarios notificantes (para una sugerencia de la Secretaría de que, hasta que se ofrezca esa prueba, el deudor pueda liberarse de su deuda pagando al cedente, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 al proyecto de artículo 19). Si el deudor recibe diversas notificaciones relativas a varias cesiones de los mismos créditos por el mismo cedente y a cesiones subsiguientes, conforme a una aplicación combinada de los párrafos 3) y 5), el deudor quedará liberado pagando de conformidad con la primera notificación de la última cesión.

46. El párrafo 4) tiene por fin asegurar que el cesionario pueda modificar o corregir sus instrucciones para el pago. Tanto si el deudor es notificado por el cedente como por el cesionario, si se envía una nueva instrucción para el pago con respecto a exactamente la misma cesión, el deudor puede liberarse de su deuda únicamente de conformidad con esa instrucción. La única condición es que, en armonía con la política subyacente al proyecto de párrafo 1) de artículo 15, esa instrucción para el pago, que se da después de la notificación, ha de ser dada por el cesionario, que es la única persona con derecho a disponer de los créditos. Con objeto de proteger al deudor contra el riesgo de tener que pagar dos veces, el párrafo 4) dispone expresamente que debe prescindirse de una instrucción para el pago recibida por el deudor después de haberlo efectuado.

47. Conforme al proyecto de artículo 15, pueden dar aviso el cedente o el cesionario independientemente del cedente. Como consecuencia, el deudor que reciba la notificación de una cesión de una persona posiblemente desconocida puede dudar de si esa persona es un reclamante legítimo, el pago al cual liberaría al deudor. Para proteger al deudor de la incertidumbre sobre cómo el liberarse de la deuda en esos casos, el párrafo 6) le da derecho a pedir al cesionario que presente prueba suficiente de la cesión en un plazo razonable. El párrafo 6) no introduce una obligación del deudor, ya que pedir prueba adicional en todos los casos retrasaría innecesariamente el pago y aumentaría el costo de la notificación. La determinación de qué constituye prueba “suficiente” y un plazo “razonable” es asunto que deben interpretar los tribunales judiciales o arbitrales teniendo en cuenta las circunstancias particulares. El Grupo de Trabajo estimó necesaria la flexibilidad introducida con estos términos, ya que no se podía hallar ninguna norma adecuada para todos los casos posibles. Además, con objeto de evitar toda incertidumbre que pudiera presentarse como consecuencia de la utilización de estos términos, el Grupo de Trabajo decidió incluir una regla de “puerto seguro”, según la cual una confirmación por escrito del cedente constituía prueba suficiente.

48. La notificación no provoca la obligación de pagar, que sigue sometida al contrato de origen y a la ley aplicable a éste. Esto significa que el deudor no tiene que pagar al recibo del aviso y no debe intereses por pago atrasado mientras espera la prueba suficiente solicitada. Si, con todo, la deuda llega a ser pagadera dentro de ese plazo de conformidad con el contrato de origen, se plantea la cuestión de si el pago de la obligación queda suspendido hasta

que el deudor reciba esa prueba y tenga tiempo razonable para evaluarla y actuar en consecuencia. Si la obligación de pagar no queda suspendida, la importancia de la protección concedida al deudor por el párrafo 6) puede reducirse en la medida en que el deudor que retrasase el pago, incluso por razones sólidas, tendría que pagar intereses. El Grupo de Trabajo actuó en la inteligencia de que la obligación de pagar quedaría suspendida en esos casos, pero prefirió no incluir ningún texto explícito en el párrafo 6), ya que de todas maneras podía alcanzarse ese resultado sin ninguna redacción explícita y que cualquier texto adicional podría tropezar involuntariamente con la legislación nacional en materia de intereses. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar este criterio. Cualquier incertidumbre a este respecto podría reducir la utilidad del párrafo 6). Puede ser preferible decir expresamente que la obligación de pagar queda suspendida. Con objeto de evitar una suspensión del pago que pudiese perjudicar tanto al cedente como al cesionario, el Grupo de Trabajo quizá desee tener en cuenta que, si la deuda llega a ser pagadera durante el plazo en que el deudor espera del cesionario prueba de la cesión, el deudor debiera liberarse de su deuda pagando al cedente (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 al proyecto de artículo 19).

49. El párrafo 7) tiene por fin asegurar que el proyecto de artículo 19 no excluya otras maneras de liberación de la obligación del deudor que puedan existir conforme a la ley nacional aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Puede, no obstante, inadvertidamente dar ocasión a que un deudor prescinda de una notificación dada conforme al proyecto de convención (por ejemplo, porque se refiere a créditos futuros, que pueden no ser permitidos conforme a otra ley) y pague a alguna otra persona de conformidad con otra ley. Por esa razón, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de dar validez al pago conforme a otra ley únicamente si se hace al cesionario legítimo conforme al proyecto de convención, limitando el recurso a la obligación al tribunal y medidas parecidas a los casos en que haya varias notificaciones (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 5 al proyecto de artículo 19) y, posiblemente, una notificación del cesionario. Si se siguiese ese criterio, podría no ser necesario el párrafo 8), dado que, si el deudor, notificado por el cesionario, duda sobre la validez de una cesión, puede liberarse de su deuda pagando al tribunal.

* * *

Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 66 a 68 y 132 a 135

A/CN.9/432, párrs. 205 a 209

A/CN.9/434, párrs. 194 a 197

A/CN.9/447, párrs. 94 a 102

A/CN.9/456, párrs. 194 a 199

COMENTARIO

50. El proyecto de artículo 20 es otra aplicación particular del principio general de que la situación jurídica del deudor no debe verse indebidamente afectada como resultado de la cesión. El deudor goza frente al cesionario de las

mismas excepciones y los mismos derechos de compensación que podría esgrimir contra el cedente. Cuáles sean esas excepciones y esos derechos de compensación es materia de la que no se ocupa el proyecto de convención sino que se deja para otra ley.

51. Conforme al párrafo 1), el deudor podrá oponer contra el cesionario todas las excepciones derivadas del contrato de origen, sin limitación alguna, inclusive: créditos contractuales, que en algunos ordenamientos jurídicos pueden no ser considerados “excepciones”; derechos a rescindir el contrato, por ejemplo, por error, fraude o violencia; exención de la responsabilidad por incumplimiento, por ejemplo, en razón de un impedimento imprevisto que escape al control de las partes; y reconversiones conforme al contrato original. Esas excepciones y derechos de compensación pueden hacerse valer independientemente de si existen en el momento de la notificación de la cesión o llegan a existir sólo después de ella. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si los derechos de compensación derivados de contratos entre el cedente y el deudor estrechamente relacionados con el contrato de origen (por ejemplo, un acuerdo de mantenimiento u otro servicio que respalde el contrato de origen de compraventa) deben tratarse del mismo modo que los derechos de compensación derivados del contrato de origen.

52. El párrafo 2) introduce una limitación temporal con respecto a los derechos de compensación derivados de toda otra fuente distinta del contrato de origen, es decir, un contrato aparte entre el cedente y el deudor, un principio jurídico (por ejemplo, una norma de responsabilidad extracontractual) o una decisión judicial o de otra índole. Esos derechos no pueden hacerse valer frente al cesionario si empiezan a existir después de la notificación de la cesión. La justificación subyacente a esta norma es que los derechos de un cesionario diligente que notifica al deudor no deben quedar sometidos a los derechos de compensación nacidos en cualquier momento de tratos distintos entre el cedente y el deudor u otros acontecimientos, de los que no cabe razonablemente esperar que el cesionario tenga conocimiento. Por otro lado, los intereses del deudor no se ven indebidamente afectados, ya que, si el hecho de que el deudor no pueda acumular derechos de compensación constituye una gravosidad inaceptable para él, puede el deudor evitar celebrar nuevos tratos con el cedente (en cuanto a la cuestión de si el deudor puede declarar rescindido el contrato de origen, véase el párrafo 35). En vista de la antes mencionada justificación del párrafo 2), no quedan afectados los derechos de compensación derivados de contratos aparte entre deudor y cesionario. Esos derechos pueden esgrimirse contra el cesionario incluso después de la notificación de la cesión, al igual que los derechos de compensación derivados del contrato de origen. Hay que observar también que una notificación produce la congelación de los derechos de compensación del deudor, contenga o no una instrucción para el pago. Con este criterio se trata de atender a prácticas en las que se da un simple aviso con la finalidad de excluir exactamente la posibilidad de que el deudor adquiera derechos de compensación en virtud de actos u omisiones del cedente que escapen al control del cesionario, mientras que se espera que el deudor continúe pagando al cedente. Como consecuencia del proyecto de artículo 12, según el cual una cesión hecha a pesar de una cláusula de intransmisibilidad sería ineficaz frente a un deudor soberano, el artículo 20 no afectaría a los derechos de ese deudor.

53. El Grupo de Trabajo examinó una sugerencia de hacer más explícito el significado de la palabra “tenga” expresando que no puede excluirse una excepción ni un derecho de compensación si en el momento de la notificación es “real y comprobado”. No se adoptó esa sugerencia ya que tendría por efecto limitar indebidamente los derechos de compensación del deudor a los que fuesen líquidos en el momento de la notificación. Con objeto de evitar que el asunto quedase completamente sin solución, el Grupo de Trabajo examinó igualmente diversas sugerencias acerca de la ley aplicable a los derechos de compensación. Se hizo mención de la ley que rige el crédito y de la ley de la ubicación del cedente. Puede que el Grupo de Trabajo desee estudiar en cambio la posibilidad de referirse, por lo menos con respecto a los derechos contractuales de compensación, a la ley que rija el contrato del que pueda derivar el derecho de compensación (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 1 y 2 al proyecto de artículo 28).

54. El párrafo 3) tiene por fin asegurar que el deudor no pueda hacer valer frente al cesionario en calidad de excepción o derecho de compensación el incumplimiento por el cedente de una cláusula de intransferibilidad. El

deudor puede tener una acción contra el cedente, si, conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, esa cesión constituye un incumplimiento de contrato que ocasione una pérdida al deudor. Pero la mera existencia de una cláusula de intransferibilidad no es una violación de la garantía implícita contenida en el proyecto de párrafo 1) a) de artículo 14. A falta de una disposición análoga al párrafo 3), el proyecto de párrafo 3) de artículo 10, que mantiene indemne al cesionario por un incumplimiento de contrato del cedente, podría quedar privado de todo significado.

* * *

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

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 136 a 144

A/CN.9/432, párrs. 218 a 238

A/CN.9/434, párrs. 205 a 212

A/CN.9/447, párrs. 103 a 121

A/CN.9/456, párrs. 200 a 204

COMENTARIO

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

56. Con miras a permitir que los cedentes obtengan crédito a bajo costo, el proyecto de artículo 21 convalida esas renuncias a las excepciones y los derechos de compensación. Además, para evitar la incertidumbre en cuanto a las consecuencias jurídicas de una renuncia y que un tribunal pueda anularla por que no es equitativa para el deudor, el párrafo 1) expresa lo que puede parecer obvio en algunos ordenamientos jurídicos, a saber, que una renuncia impide al deudor esgrimir excepciones y derechos de compensación contra el cesionario. Reconociendo que, en la práctica, se puede convenir en una renuncia en el momento de la celebración del contrato de origen, así como antes o después, el párrafo 1) no hace mención expresa del momento en que se puede convenir en una renuncia. El párrafo 1) no se refiere a la aceptación de una cesión por el deudor como equivalente a una renuncia ni como confirmación de ésta. El asunto se deja para otra ley. El párrafo 1) tampoco exige que las excepciones sean conocidas por el deudor ni se declaren expresamente en el acuerdo por el que se renuncia a él. El Grupo de Trabajo estimó que ese requisito introduciría un elemento de incertidumbre, ya que el cesionario tendría que demostrar lo que el deudor sabía o podía haber sabido en cada caso en particular.

57. Aunque orientado a facilitar un mayor acceso a un crédito de bajo costo, cosa que interesa al comercio en general, el proyecto de artículo 21 no desatiende la protección del deudor. A fin de proteger a los deudores de una presión indebida por parte de los acreedores para hacer que los primeros renuncien a sus excepciones, el párrafo 2) establece limitaciones razonables con respecto a esas renunciaciones a las excepciones. Esas limitaciones se refieren a la forma en que se pueden hacer esas renunciaciones, a ciertos tipos de deudores y a ciertos tipos de excepciones. Dado que el alcance del párrafo 1) se limita a las renunciaciones convenidas por el cedente y el deudor, las limitaciones contenidas en el párrafo 2) no se aplican a las convenidas entre el deudor y el cesionario. El Grupo de Trabajo juzgó que el proyecto de convención no debía limitar la capacidad del deudor de negociar con el cesionario con objeto de obtener un beneficio, como un tipo de interés más bajo o un plazo de pago más prolongado. Al mismo tiempo, estimó igualmente que, puesto que los acuerdos entre cesionarios y deudores quedan fuera del alcance del proyecto de convención, éste no debía habilitar al deudor para negociar renunciaciones con los cesionarios si, conforme a la ley aplicable, el deudor no tuviese esa facultad.

58. El párrafo 1) introduce otras limitaciones. Una renunciación no puede ser un acto unilateral ni un acuerdo verbal; debe adoptar la forma de un acuerdo por escrito firmado, para asegurarse de que ambas partes están bien informadas de la renunciación y sus consecuencias, incluidos los beneficios ofrecidos a cambio al deudor, y facilitar la prueba. Además, una renunciación no puede prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor vigente en el país en que se encuentra el deudor (que, en este contexto, debe entenderse como el de su establecimiento). Con objeto de evitar diferencias terminológicas y de otra índole existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos, el párrafo 1) se refiere a los deudores en operaciones para “fines personales, familiares o domésticos”. Esa referencia está condicionada por la expresión “primordialmente”, para lograr que la limitación se aplique únicamente a las operaciones con fines puramente de consumo (es decir, operaciones entre consumidores) y no a operaciones con finalidades a la vez de consumo y de comercio (es decir, operaciones entre un consumidor y una entidad empresarial). El Grupo de Trabajo tal vez desee reexaminar este criterio. Parecería compatible con el propósito de proteger a los deudores consumidores aplicar esta disposición a una operación con fines de consumo con respecto a una parte y fines comerciales desde el punto de vista de la otra (lo mismo cabría decir en el contexto del proyecto de artículo 23, pero no en el del proyecto de artículo 4; véase el párrafo 70 y el documento A/CN.9/WG.II/WP.105, párr. 43).

59. Además, conforme al párrafo 2), una renunciación no puede referirse a las excepciones dimanadas de actos fraudulentos cometidos por el cesionario. Ello iría contra las normas fundamentales de la buena fe. Con miras a proteger a un cesionario que acepte de buena fe una cesión, el Grupo de Trabajo decidió no aplicar la misma limitación a las excepciones relativas a un fraude del cedente. Si el deudor no pudiera renunciar a esas excepciones, el cesionario tendría que investigar para cerciorarse de que el cedente no cometió ningún fraude en el contexto del contrato de origen. La limitación conforme al párrafo 2), no se aplica, no obstante, únicamente las excepciones relativas al fraude cometido sólo por el cesionario sino también a las relativas al cometido por éste en colusión con el cedente. En este contexto, el Grupo de Trabajo examinó otras excepciones a las que no se debía renunciar. Para atender a ciertas operaciones de exportación, el Grupo de Trabajo decidió que la excepción relativa a la invalidez del contrato de origen debía de ser objeto de una renunciación. En cuanto a las excepciones contra el tenedor protegido de un título negociable, referentes a los requisitos de firma y al mandato (apartado c) del párrafo 1) del artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales), el Grupo de Trabajo creyó que no debía trazarse un paralelo entre un crédito y un título negociable. Tal paralelismo no estaría en armonía con el proyecto de párrafo 1) d) de artículo 4 por el que se excluye la transferencia de títulos mediante endoso y entrega o sólo mediante entrega. Sería asimismo incompatible con la voluntad de las partes que prefirieron no incorporar sus créditos en un título negociable.

60. Paralelamente al párrafo 1), el párrafo 3) requiere para la modificación de una renunciación la forma de un acuerdo por escrito firmado. Las partes han de ser advertidas de las consecuencias jurídicas de esa modificación, que debe poderse probar fácilmente, de ser necesario. Con miras a asegurarse de que una modificación, convenida por el cedente y el deudor, no afecte a los derechos del cesionario, el párrafo 3) somete la modificación al procedimiento

previsto en el proyecto de párrafo 2) de artículo 22 para la modificación del contrato de origen después de la notificación de la cesión (es decir, al consentimiento real o tácito del cesionario; véase el párrafo 65).

* * *

Artículo 22. Modificación del contrato de origen

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párr. 109

A/CN.9/432, párrs. 210 a 217

A/CN.9/434, párrs. 198 a 204

A/CN.9/447, párrs. 122 a 135

A/CN.9/456, párrs. 205 a 206

COMENTARIO

61. La modificación del contrato de origen es una cuestión que a menudo se plantea en la práctica. Una modificación puede ser necesaria por diversas razones. Por ejemplo: un cambio sustancial en las circunstancias principales en las que se celebró el contrato puede hacer que resulte injusto exigir al cedente entregue los bienes según lo prometido; pueden necesitarse equipo o materiales diferentes de los acordados en la construcción de un proyecto; o una modificación de las circunstancias generales puede hacer necesaria una prórroga del plazo para el pago convenido en el contrato de origen. En la medida en que esas modificaciones del contrato plantean cuestiones relativas a los derechos y obligaciones entre cedente y deudor o entre cedente y cesionario, son generalmente mencionadas en el contrato pertinente o en la legislación. Sin embargo, en la medida en que esas modificaciones del contrato plantean la cuestión de los derechos y las obligaciones entre el cesionario y el deudor, puede que los puntos pertinentes no quedan plenamente cubiertos en el contrato ni en la legislación.

62. La finalidad principal del proyecto de artículo 22 es, en consecuencia, asegurarse de que el deudor tiene frente al cesionario derecho a modificar el contrato original en el sentido de que, en caso de reducción del precio, el deudor queda liberado pagando el precio reducido y no debe pagar el previsto en el crédito original. No obstante, el proyecto de artículo 22 no se propone entrometerse en la relación entre el cedente y el deudor. Por esta razón, los requisitos y las consecuencias jurídicas de un acuerdo de modificación eficaz entre cedente y deudor quedan sometidas a la ley que rija ese acuerdo. Un objetivo secundario del proyecto de artículo 22 es proteger al cesionario logrando que éste adquiera derechos conforme al contrato de origen modificado. Esto significa que, si se modifica el precio de los bienes o servicios ofrecidos conforme al contrato de origen, el deudor no puede hacer valer como excepción la modificación del contrato, afirmando que el cesionario no tiene ningún derecho en virtud del nuevo contrato modificado, y negarse a pagar incluso el precio reducido (no se ve afectado, empero, ningún derecho que el cesionario pueda tener frente al cedente por incumplimiento del contrato; véase el párrafo 67).

63. La norma básica introducida por el proyecto de artículo 22 es que, antes de la notificación, cedente y deudor pueden libremente modificar su contrato. No precisan obtener el consentimiento del cesionario, aunque el cedente pueda haberse comprometido en el contrato de cesión a abstenerse de toda modificación del contrato sin el consentimiento del cesionario o pueda estar obligado en buena fe a informar a éste de una modificación del contrato. El incumplimiento de esta promesa puede dar lugar a la responsabilidad del cedente frente al cesionario. Pero no invalida un acuerdo por el que se modifique el contrato de origen, ya que esa solución afectaría de modo inconveniente los derechos del deudor. Después de la notificación, una modificación del contrato de origen será eficaz frente al cesionario sólo con el consentimiento real o tácito del cesionario. La justificación subyacente es que, después de la notificación, el cesionario se convierte en parte en una relación triangular y cualquier cambio en esa

relación que afecte los derechos del cesionario no debe obligarle contra su voluntad. Este enfoque se ajusta a lo dispuesto en el proyecto de artículo 19, según el cual, antes de la notificación, el deudor puede cumplir su obligación de conformidad con el contrato original.

64. El párrafo 1) exige un acuerdo entre el cedente y el deudor que se celebre antes de la notificación de la cesión y que afecte los derechos del cesionario. Si el acuerdo no los afecta, no cabe aplicar el párrafo 1). Si el acuerdo se celebra después de la notificación, se aplica el párrafo 2). El Grupo de Trabajo tal vez desee especificar que el momento pertinente es aquél en que el deudor recibe el aviso, ya que, a partir de ese momento, el deudor puede liberarse de su obligación únicamente de conformidad con las instrucciones para el pago que dé el cesionario.

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

66. El Grupo de Trabajo prefirió no mencionar principios generales, como el de la buena fe o las normas comerciales razonables, para justificar una modificación. Se pensó que esas normas introducirían un grado deseable de incertidumbre, ya que su significado no se entiende de modo uniforme. El Grupo de Trabajo tampoco se inclinaba por limitar las situaciones en que sería necesario el consentimiento del cesionario a aquéllas en que una modificación del contrato de origen acarree “efectos negativos relevantes” para el cesionario.

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

Artículo 23. Reintegro de la suma pagada

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 145 a 148

A/CN.9/432, párrs. 239 a 244

A/CN.9/434, párrs. 94 y 213 a 215

A/CN.9/447, párrs. 136 a 139

A/CN.9/456, párrs. 207 a 208

COMENTARIO

68. En la práctica, el deudor puede pagar al cesionario antes de que el cedente cumpla sus obligaciones conforme al contrato de origen. Si el cedente no cumple, se plantea la cuestión de si el deudor puede recuperar del cesionario las cantidades pagadas. Esta cuestión es de particular importancia cuando el cedente cae en la insolvencia, con lo que resulta imposible obtener de él ese reintegro.

69. Como complemento del principio de que la situación jurídica del deudor no debe verse agravada como consecuencia de la cesión, el proyecto de artículo 23 dispone que esa situación tampoco debe verse mejorada. Si el deudor paga al cesionario y el cedente no cumple correctamente el contrato de origen, el deudor puede recurrir contra el cedente conforme al contrato de origen y la ley que rija ese contrato, pero no contra el cesionario. Esto significa que el deudor soporta el riesgo de insolvencia de su cocontratante, cosa que ocurriría de todas maneras si no hubiese una cesión. Observando que en el Convenio de Ottawa se sigue un criterio diferente, el Grupo de Trabajo estimó que la diferencia estaba justificada. Una garantía del cumplimiento del contrato de origen por el cesionario puede ser apropiada en las situaciones concretas de facturaje a que se refiere el Convenio de Ottawa, pero se juzgó inapropiada en el contexto de otras cooperaciones de financiación o servicios, incluidas las operaciones de facturaje con un elemento predominante de servicios.

70. Hay ciertas limitaciones a la norma contenida en el proyecto de artículo 23. Conforme a la legislación de protección del consumidor, el deudor consumidor puede tener derecho a declarar rescindido el contrato de origen y recuperar del cesionario los pagos que le haya efectuado. El Grupo de Trabajo creyó que el proyecto de convención no debía prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor vigente en el país en que se encontrase el deudor (es decir, donde tiene su establecimiento; en cuanto al significado de la palabra “primordialmente” y el problema que se plantea en este contexto, véase el párrafo 58). El Grupo de Trabajo estimó además que no sería necesaria en este contexto una mención de las disposiciones de orden público. Las nociones de orden público y legislación imperativa se aplicarían conforme a los proyectos de artículo 30 y 31 mediante el mecanismo de las normas del derecho internacional privado, que prevén un amplio reconocimiento de la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo pensó asimismo que una multiplicidad de referencias al orden público y a la legislación interactiva podría ampliar de manera inconveniente el alcance de la limitación y perjudicar la certeza conseguida en el proyecto de convención.

71. En el proyecto de artículo 23 se introduce una segunda limitación mediante la remisión al proyecto de artículo 20. Esta remisión tiene por fin asegurar que las excepciones y los derechos de compensación del deudor quedan resguardados con respecto al pago a plazos, en el que se hayan pagado algunas cuotas mientras otras quedan pendientes. Esos derechos se aplicarían únicamente cuando el deudor tuviese que reducir o evitar el pago de las cuotas pendientes.

Sección III. Otras partes

Artículo 24. Conflicto de derechos entre varios cesionarios

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 149 a 164

A/CN.9/432, párrs. 245 a 260

A/CN.9/434, párrs. 238 a 254

A/CN.9/445, párrs. 18 a 29

A/CN.9/455, párrs. 18 a 31

A/CN.9/456, párrs. 209 a 210

COMENTARIO

72. En la práctica, los créditos pueden cederse varias veces. Esas “cesiones por duplicado” son práctica normal en el caso de las cesiones al título de garantía, en las que se ofrecen diferentes partes de los mismos créditos como garantía de un crédito. En ese caso, se plantea la cuestión de cuál es el orden de prelación en el pago entre los diversos reclamantes. Prelación no significa validez. Presupone una cesión válida (la validez sustantiva o material se trata en el capítulo III, mientras que la validez formal se deja para la vía aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención; para una sugerencia de la Secretaría de ocuparse también de la validez formal en el proyecto de convención, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al capítulo III). La prelación no prejuzga la cuestión de si el cesionario con prelación conservará todo el producto del pago o devolverá al cedente o al reclamante siguiente en orden de prelación el saldo eventualmente resultante. Este asunto depende de si se trata de una cesión absoluta o de una cesión a título de garantía, cuestión que se deja para la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. La prelación no afecta tampoco a la liberación del deudor. El deudor que pague de conformidad con el proyecto de artículo 19 (o, de no ser aplicable el proyecto de artículo 19, de acuerdo con la ley aplicable conforme al proyecto de artículo 28) queda liberado, incluso si el pago se hace a un cesionario que no tiene prelación (conforme al proyecto de artículo 24 o, de no ser aplicable el proyecto de artículo 24, conforme al proyecto de artículo 29). Si el cesionario conservará el producto del pago es una cuestión de prelación que debe resolverse entre los diversos reclamantes de conformidad con la ley aplicable según el proyecto de artículo 24 (o el proyecto de artículo 29).

73. Sin embargo varias cesiones absolutas de los mismos créditos efectuadas por el mismo cedente pueden constituir un acto fraudulento o injustificable. Aunque el fraude se da raramente, son frecuentes el simple descuido por parte del cedente o la ignorancia de las consecuencias jurídicas de una cesión anterior. Ejemplo típico es la cesión a un financiero que compra créditos a cambio de capital circulante o a un financiero que compra existencias o un proveedor de materiales a crédito con reserva de dominio u otra garantía real hasta el pago íntegro del precio de las existencias o de los materiales. En ese caso, el conflicto puede ser entre una cesión en bloque (una cesión de todos los créditos presentes y futuros) al financiero que compra créditos y una cesión al financiero que compra existencias o el proveedor del producto de la venta de las existencias o los materiales. Con miras a lograr la certeza con respecto a los derechos de los diversos acreedores del cedente y facilitar así el acceso de éste al crédito, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor en la inteligencia de que se tratarían esos conflictos. Si la cesión al financiero que compra créditos o al proveedor es contractual, esos conflictos caen claramente dentro del ámbito del proyecto de convención. No obstante, puede que no sea ese el caso, cuando la cesión se produce por efecto de la ley, ya que, conforme al párrafo 1) del proyecto de artículo 2, el proyecto de convención abarca únicamente cesiones por vía de contrato y no en virtud de la ley. El Grupo de Trabajo quizá desee, por consiguiente, aclarar que los conflictos de prelación entre un financiero que compra existencias o un proveedor con un derecho legal al producto y un cesionario quedan dentro del ámbito del proyecto de convención. En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar

si las normas de prelación del proyecto de convención serían apropiadas, ya que el financiero que compra existencias o el proveedor podrían esperar que las cuestiones de prelación se rigiesen por la ley de la ubicación de las existencias o de los materiales suministrados.

74. El proyecto de artículo 24 está destinado a aplicarse a un conflicto entre un cesionario comprendido en la convención y otro que no lo esté. (Por ejemplo, entre un cesionario nacional y un cesionario extranjero de créditos nacionales). Ese criterio no afectaría a las prácticas nacionales. En realidad, una de las razones por las que el Grupo de Trabajo decidió convertir las normas de prioridad en normas de derecho internacional privado fue que esas normas no afectarían negativamente a las prácticas nacionales. El cesionario nacional tendría que satisfacer los requisitos de la misma ley, ya que por definición, en un conflicto con un cesionario extranjero, el cesionario nacional, el cedente y el deudor se encontrarían sometidos a la misma jurisdicción. Suponiendo que el proyecto de convención defina la “ubicación” de una persona jurídica con referencia al lugar de su constitución o el de su administración central y que ese lugar sea diferente del establecimiento, la ley aplicable podría ser otra. Pero, incluso en ese caso, el cesionario local podría prever que se aplicaría el proyecto de convención, dado que: el cesionario nacional se encontraría en un Estado Contratante (el mismo Estado en el que se encuentra el cedente; en otro caso no se aplicaría el proyecto de convención); y el cesionario nacional sabría que el cedente es, por ejemplo, una sucursal de una entidad extranjera. El Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar esta interpretación (véase también el documento A/AC.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 5 al proyecto de artículo 1).

75. En el caso de varias cesiones absolutas de los mismos créditos por el mismo cedente, la cuestión puede no ser quién recibirá primero el pago (es decir, un problema de prelación) sino quién recibirá el pago en absoluto (es decir, un problema de eficacia). En esas cesiones, el cesionario con “prelación” se hace con todo el producto (siempre que tenga un derecho legítimo) y ningún otro cesionario puede obtener el pago. Pero el proyecto de convención no hace diferencia entre cesiones absolutas y cesiones a título de garantía, ya que: los terceros pueden no tener manera de saber si se trata de una cesión a título de garantía o una cesión absoluta en un caso determinado; y, de cualquier modo, esa diferenciación sería muy difícil vistas las amplias divergencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos con respecto a los derechos de garantía.

76. El proyecto de artículo 24 contiene una norma de derecho internacional privado que somete las cuestiones de prelación a la ley de la ubicación del cedente (el Grupo de Trabajo todavía no ha decidido el significado de la palabra “ubicación”; para las sugerencias de la Secretaría, véase el documento A/AC.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 10 al proyecto de artículo 5). El Grupo de Trabajo reconoció que una norma de derecho internacional privado no puede producir la uniformidad en términos de resultados comerciales, ya que una ley puede dar prelación al primer cesionario, mientras que otra puede adjudicársela al primer cesionario que notifique al deudor o registre ciertos datos relativos a la cesión. Pero el Grupo de Trabajo reconoció también que una norma de derecho internacional privado que sometiese las cuestiones de prelación a la ley de una jurisdicción única y fácilmente determinable era claramente valiosa desde el punto de vista comercial. Esa norma constituiría una mejora apreciable de la presente situación, en la que los cesionarios tienden a rechazar los créditos internacionales como garantía de crédito o a aceptarlos por un valor inferior, ya que no pueden determinar qué ley regirá la prelación o tienen que satisfacer los requisitos de varias jurisdicciones para asegurarse de que tendrán prelación.

77. Si, conforme a la ley aplicable, la prelación se basa en el momento de la cesión, un cesionario que estudie la posibilidad de financiar ciertos créditos tiene que confiar en las garantías implícitas del cedente y posiblemente también en garantías implícitas de otras partes o en la información disponible en un mercado concreto. Si la ley aplicable determina la prelación sobre la base de la prioridad en la notificación del deudor, también aquí un posible cesionario tiene que confiar en las garantías implícitas del cedente y del deudor, así como en la información que pueda obtener de otras fuentes. En esas jurisdicciones: la prelación con respecto a los créditos futuros no podrá en absoluto obtenerse en el momento de la cesión (en ese momento no se conoce la identidad de los deudores); y la prelación con respecto a los créditos cedidos en bloque sólo se podrá conseguir con el costo adicional de notificar

a todos los deudores. Si, por el contrario, conforme a la ley aplicable, la prelación se obtiene incorporando parcialmente ciertos datos a un registro público, más allá de las garantías implícitas del cedente o de otras partes, los posibles cesionarios podrán confiar en ese registro público. Además, los cesionarios que presenten los datos necesarios tendrían una manera objetiva de adquirir la prelación.

78. En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar que, cuando conforme a la ley de la ubicación del cedente (que debe estar en un Estado Contratante para que se aplique el proyecto de convención) la prelación se determina sobre la base del momento de la notificación del deudor, ésta debe hacerse de conformidad con el proyecto de convención. Si el aviso tuviera que darse de conformidad con la ley nacional de la ubicación del cedente y esa ley invalidara los avisos relativos a créditos futuros, los cesionarios no podrían hacer valer su prelación con respecto a esos créditos, resultado que repercutiría negativamente sobre la disponibilidad y el costo del crédito (véase el párrafo 36).

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

80. Tanto si se define la ubicación con referencia al lugar de constitución como al lugar de la administración central de una persona jurídica, la aplicación de la ley de la ubicación del cedente tendrá como consecuencia la aplicación de la ley de una única jurisdicción que puede determinarse fácilmente en el momento de la cesión. Eliminará, pues, las dificultades antes mencionadas. Además, la aplicación de la ley de la ubicación del cedente será particularmente compatible con la legislación de las jurisdicciones con requisitos de registro, en las que los terceros se fijarán normalmente en la ley de la ubicación del cedente para determinar la manera de demostrar su prelación.

81. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión del momento que debe tomarse en cuenta para determinar la ubicación del cedente. Si el cedente cambia de ubicación después de una cesión y antes de otra, el cesionario con prelación conforme a la ley de la ubicación inicial no debe perder su prelación. Por otra parte, el derecho de los reclamantes en la nueva ubicación no debe quedar para siempre sometido a los derechos de los reclamantes de otras jurisdicciones. No obstante, se estimó en general que la reubicación del cedente entre cesiones por duplicado se producía rara vez en la práctica y que una norma orientada a resolver la cuestión haría el proyecto de artículo 24 innecesariamente complejo. El Grupo de Trabajo decidió, por tanto, dejar el asunto a otra ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención.

82. Como antes se mencionó, el Grupo de Trabajo decidió apartarse del criterio tradicional para atender a las prácticas más comunes que entrañan cesiones en bloque de todos los créditos presentes y futuros. El Grupo de Trabajo decidió no hacer ninguna excepción para las cesiones de créditos existentes, únicos y de alto valor. Introducir

una norma de prelación diferente con respecto a la cesión de esos créditos disminuiría la certeza lograda en el proyecto de artículo 24. Sería muy difícil definir claramente “créditos de alto valor”. Además, en una cesión en bloque que contuviese créditos tanto de “alto valor” como de “bajo valor”, la prelación quedaría sometida a leyes diferentes.

83. En el contexto de su examen de la ley aplicable a las cuestiones de prelación, el Grupo de Trabajo estudió la cuestión de los posibles conflictos con el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980; denominada en adelante “el Convenio de Roma”), cuyo artículo 12 se refiere a la ley aplicable a la cesión. El Grupo de Trabajo estimó que la referencia a un instrumento regional aplicable a las obligaciones contractuales no debía impedir la preparación de un régimen jurídico especializado de aplicación universal a las operaciones de financiación y servicios. El Grupo de Trabajo tomó nota además de que existe una gran incertidumbre acerca de si el artículo 12 del Convenio de Roma se refiere a las cuestiones de prelación y, en caso afirmativo, si la ley aplicable es la elegida por las partes o la ley que rige el crédito. El Grupo de Trabajo pensó que sería útil resolver esta incertidumbre y que, en cualquier caso, las cuestiones de prelación (es decir, los efectos de una cesión sobre la titularidad) no debían someterse a la ley que rigiese el crédito ni a la ley elegida por las partes (véanse los párrafos 79 y 80 y 88). Se acordó, sin embargo, que los Estados debían tener derecho a excluir la aplicación del capítulo V (proyecto de artículo 34) y que, sea como fuere, podían resolver cualquier conflicto entre el proyecto de convención y el Convenio de Roma determinando a qué texto deseaban dar preferencia (proyecto de artículo 33).

84. Aunque el proyecto de artículo 24 somete los conflictos en materia de prelación entre varios concesionarios que adquieren los mismos créditos del mismo cedente a la ley de la ubicación de éste, reconoce el interés de las partes que intervienen en un conflicto a negociar y a abandonar la prelación a favor de un reclamante subordinado cuando existan consideraciones comerciales que así lo justifiquen. Con objeto de permitir la máxima flexibilidad y reflejar las prácticas comerciales dominantes, el párrafo 2) se redactó dejando claro que, para que una subordinación sea válida, no tiene que adoptar la forma de un acuerdo directo de subordinación entre el cesionario con prelación y el beneficiario de ese acuerdo. Puede efectuarse también unilateralmente, por ejemplo, mediante una promesa del cesionario primero en orden de prelación al cedente (en el contrato de cesión o en un acuerdo independiente, escrito o verbal), facultando a éste para hacer que una segunda cesión ocupe el primer lugar en materia de prelación. La palabra “unilateralmente” tiene además por fin aclarar que el beneficiario de la subordinación (el segundo cesionario) no tiene que ofrecer ninguna contrapartida a cambio de la prioridad otorgada por la subordinación unilateral. Además, el párrafo 2) precisa que una subordinación eficaz no tiene necesariamente que especificar el beneficiario o los beneficiarios a que se destina (“otro u otros cesionarios existentes o futuros”) y puede en vez de ello emplear expresiones genéricas.

85. El Grupo de Trabajo examinó igualmente varias soluciones alternativas de una norma substantiva sobre el derecho relativo a la prelación pero no pudo llegar a un acuerdo. Por esta razón, en el anexo al proyecto de convención se ofrecen dos normas sustantivas alternativas sobre prelación para que los Estados puedan elegir entre ellas. Como consecuencia, los Estados pueden estar confusos acerca de cuál es el criterio recomendado. Además, si un Estado no elige ninguna de esas dos posibilidades (por ejemplo porque su régimen de prelación se basa en la prelación en el momento de la notificación al deudor), se reproducirá, en efecto, toda la gama de posibilidades. Además, el anexo tendría que ser ulteriormente desarrollado para ser manejable. En vista de lo que antecede, el Grupo de Trabajo quizá desee considerar si se reemplaza el anexo con unos pocos principios generales que remitan el asunto de preparar disposiciones modelo sobre la prelación al procedimiento para la revisión y enmienda del proyecto de convención (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al anexo).

* * *

Artículo 25. Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 149 a 164
A/CN.9/434, párrs. 216 a 237 y 255 a 258
A/CN.9/445, párrs. 30 a 44
A/CN.9/455, párrs. 32 a 40
A/CN.9/456, párrs. 211 a 222

COMENTARIO

86. El proyecto de artículo 25 tiene por fin resolver los conflictos de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia de éste. El proyecto de convención no se propone ocuparse de las cuestiones que se planteen en el caso de insolvencia del cesionario, a menos que éste haga una cesión subsiguiente y se convierta en cedente. El Grupo de Trabajo estimó que esas cuestiones quedaban fuera del alcance del proyecto de convención. Éste no tiene tampoco por fin ocuparse de las cuestiones que se susciten a raíz de la insolvencia del deudor. Se supone que el cesionario tendrá sobre los créditos los mismos derechos que el cedente tendría en el caso de insolvencia del deudor. Como ya se dijo, la prelación se define como una preferencia (en el pago u otra forma de liberación; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.105, párrafo 57). Las consecuencias jurídicas exactas de esa preferencia dependerán de si se trata de una cesión a título de garantía o de una cesión absoluta, materia que se deja a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. En cualquier caso, la preferencia establecida en el proyecto de convención no pretende obstaculizar una preferencia especial o unos derechos superiores a la prelación previstos en la legislación nacional sobre insolvencia (véase el párrafo 93).

87. Los conflictos de prioridad abarcados por el proyecto de artículo 25 pueden plantearse cuando la cesión se hace antes del embargo preventivo o del inicio de un procedimiento de insolvencia (si la cesión se hace después, no plantea ningún conflicto; los derechos que el cesionario pueda adquirir quedan subordinados a los derechos de los acreedores del cedente a los del administrador de la insolvencia). Si la prelación se basa en el momento de la cesión, el hecho de que se efectúe antes del embargo o del inicio del procedimiento de insolvencia basta para probar que los créditos están separados del patrimonio del cedente (si se trata de una cesión absoluta) o que el cesionario puede satisfacer su reclamación con preferencia a los acreedores quirografarios (si se trata de una cesión a título de garantía). Pero si la prelación se determina sobre la base de la notificación al deudor o la inscripción de ciertos datos preferentes a la cesión en un registro público, el hecho de que la cesión se haga antes del embargo preventivo o del inicio del procedimiento de insolvencia no es suficiente a los efectos de determinar la prelación. La notificación del deudor o el registro tiene además que verificarse antes del embargo o del inicio del procedimiento de insolvencia.

88. El proyecto de artículo 25 somete esos conflictos de prelación a la legislación del Estado en que se encuentre el cedente (no se ha decidido aún la cuestión del significado de la ubicación del cedente; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 10 al proyecto de artículo 5). Como ya se mencionó (véanse los párrafos 79 y 80), la ubicación del cedente como factor conectivo presenta la ventaja de la simplicidad y la predicibilidad por una serie de razones, incluidas las siguientes: proporciona un único punto de referencia; podía determinarse en el momento incluso de una cesión en bloque de créditos futuros; sería adecuada incluso para los ordenamientos jurídicos en que se practica el registro; y tendría como consecuencia la aplicación de la ley de la jurisdicción en la que más probablemente comenzaría un procedimiento de insolvencia con respecto al cedente. Este último aspecto de la aplicación de la ley del Estado en que se encuentra el cedente es decisivo, ya que trata la cuestión de la relación entre el proyecto de convención y la legislación aplicable en materia de insolvencia. En verdad, lo que el proyecto de artículo 25 hace, en sustancia, es garantizar que, en la mayoría de los casos, la ley que rige la prelación conforme al proyecto de artículo 25 y la que rige la insolvencia del cedente pertenezcan a una única jurisdicción (la principal jurisdicción del cedente, ya sea el lugar de constitución o aquel donde se encuentra su administración central). En esa situación, todo conflicto entre el proyecto de convención y la ley aplicable en materia de insolvencia se resolvería

por los principios jurídicos de esa jurisdicción. En todos los demás casos en los que se inicie un procedimiento de insolvencia con respecto a los activos y negocios del cedente en un Estado distinto del Estado de su principal jurisdicción (por ejemplo, una jurisdicción en la que el cedente tenga activos), el proyecto de convención da lugar a los principios jurídicos que reflejan el orden público del Estado en el que se juzga una controversia, ante un tribunal judicial o arbitral (proyecto de párrafo 3) de artículo 25). Además, en tales casos, el proyecto de convención tiene por fin evitar toda intromisión en ciertos derechos de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia que, aunque no tengan carácter de orden público son parte del derecho imperativo (proyecto de párrafo 4) de artículo 25). El Grupo de Trabajo tal vez desee ampliar la aplicación de esas dos limitaciones a los procedimientos judiciales fuera de la insolvencia. En cualquier caso, no se verían afectados los derechos de preferencia no consensuales (proyecto de párrafo 5) de artículo 25).

89. El orden público a que se refiere el párrafo 3 es el orden público en materia internacional del Estado del foro. La remisión a ese orden público tiene únicamente un efecto negativo en el sentido de que puede frustrar la aplicación de una disposición de la ley aplicable conforme al proyecto de artículo 25 que sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro (por ejemplo, una regla que de prelación a un Estado extranjero en materia impositiva). Como consecuencia, determinada persona puede no ser tenida cuenta en la determinación de la prelación, mientras que ésta será determinada por otras disposiciones de ley aplicable. Pero el orden público del proyecto de artículo 25 no puede tener un efecto positivo; no puede tener como consecuencia la aplicación positiva de una norma de prelación del Estado del foro que refleje consideraciones de orden público (por ejemplo, una norma que de prelación a los empleados en ese Estado). Por esa razón, el Grupo de Trabajo decidió el párrafo 5) en el proyecto de artículo 25, dejando expresamente a salvo los derechos no consensuales superiores a la prelación (véase el párrafo 93)).

90. Para que una norma de prelación quede sin efecto conforme al párrafo 3), debe ser “manifiestamente contraria” al orden público del Estado del foro. La noción de “manifiestamente contraria” se utiliza en textos internacionales (incluido el artículo 6 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, el artículo 16 del Convenio de Roma y el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales) como un condicionamiento del orden público. La finalidad de ese condicionamiento es subrayar que las excepciones de orden público deben interpretarse restrictivamente y que el párrafo 3) sólo ha de invocarse en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado del foro. De no ser así, la certidumbre lograda por el proyecto de artículo 25 podría verse gravemente comprometida, resultado que ejercería un efecto negativo sobre la disponibilidad y el costo de la financiación sobre la base de créditos (la expresión “manifiestamente contraria” se utiliza también en el proyecto de artículo 31; véase el párrafo 114).

91. Si la norma, con la que está en conflicto la norma de prelación de la ley aplicable, no llega a reflejar consideraciones de orden público pero es un precepto del derecho imperativo, conforme al párrafo 4) no se verán afectados los derechos especiales de los acreedores del cedente y del administrador de la insolvencia “salvo lo dispuesto en el presente artículo”. Estas palabras significan que no se deja de lado la norma de prelación de la ley aplicable; se aplica en la medida en que no afecte a ciertos derechos especiales. La justificación subyacente a este criterio es que las normas de prelación de la ley aplicable son en sí mismas normas imperativas y prescindir de ellas a favor de las normas imperativas del foro tendría como consecuencia una incertidumbre, por lo que ejercería un efecto negativo sobre la disponibilidad y el costo de la financiación. Al mismo tiempo, empero, el Grupo de Trabajo reconoció que debía hacerse una excepción para los casos en que se vieran afectados derechos especiales de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia.

92. Entre esos derechos especiales figuran, sin limitarse a ellos, los de los acreedores del cedente a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para evitar o quitar de otro modo eficacia, a una cesión, como transferencia fraudulenta o preferencial. Figuran también los derechos del administrador de la insolvencia: a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para evitar o quitar de otro modo eficacia, a una cesión como

transferencia fraudulenta o preferencial; a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para anular o quitar de otro modo eficacia, a una cesión de créditos que no hayan nacido en el momento del inicio del procedimiento de insolvencia; a cargar sobre los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia en el cumplimiento de contrato de origen, o a cargar sobre los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia para mantener, conservar o ejecutar los créditos a solicitud y en beneficio del cesionario. Cuando los créditos cedidos constituyen una garantía de lo adeudado o de otras obligaciones, figuran entre los derechos especiales protegidos conforme al párrafo 4) los derechos que existan conforme a las normas sobre insolvencia o a los procedimientos que rijan en general la insolvencia del cedente que: permiten al administrador gravar los créditos cedidos; disponen una suspensión del derecho de determinados cesionarios o acreedores del cedente a cobrar los créditos durante el procedimiento de insolvencia; permiten la sustitución de los créditos cedidos por nuevos créditos de un valor por lo menos igual; disponen que el administrador de la insolvencia tenga derecho a utilizar los créditos cedidos como garantía en la medida en que su valor exceda de las obligaciones garantizadas. Comprenden también otras normas y procedimientos de efecto análogo y de aplicación general en la insolvencia del cedente específicamente descritos por un Estado Contratante en una declaración (proyecto de párrafo 5) del artículo 25).

93. Como ya se dijo, el Estado del foro puede, conforme al párrafo 3), negarse a dar prelación, por ejemplo, a un Estado extranjero por los impuestos, pero no puede aplicar su propia norma de prelación que la otorgue a los empleados en el Estado del foro. El párrafo 5) tiene por fin conseguir exactamente este resultado, a saber, permitir al Estado del foro aplicar sus propias normas de prelación, en el caso en que una norma de prelación aplicable conforme a los párrafos 1) y 2) sea manifiestamente contraria al orden público del foro, y dar prelación a derechos no consensuales que reflejen ese orden público (para los párrafos 5) y 6) véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 2 y 3 al proyecto de artículo 25). El párrafo 5) va más allá. Permite que un Estado enumere en una declaración los derechos no consensuales superiores a la prelación que deben prevalecer sobre los derechos de un cesionario conforme al proyecto de convención. Esta posibilidad de hacer declaraciones tiene por fin reforzar la certeza en cuanto prevé un mecanismo para que los cesionarios sepan que derechos superiores a la prelación prevalecerán sobre los suyos. Se formula como una posibilidad (no como una obligación) y aparece entre corchetes, ya que el Grupo de Trabajo estimó que podría reducir la aceptabilidad del proyecto de convención, en particular, en la medida en que una declaración tendría el efecto de limitar los derechos nacionales superiores a la prelación que quedarían a salvo (para una sugerencia de la Secretaría de suprimir el texto entre corchetes en el párrafo 5), véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 al proyecto de artículo 25).

* * *

Artículo 26. Conflicto de derechos con respecto al pago

REFERENCIAS

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

COMENTARIO⁴

94. El proyecto de artículo 26 persigue un doble fin, asegurar que el cesionario tenga respecto del producto la misma prelación que sobre los créditos y, al mismo tiempo, conceder al cesionario, con respecto a un tipo limitado de producto y bajo ciertas condiciones, los mismos derechos reales que el cesionario tenga sobre los créditos. El producto se describe como todo aquello que se da en pago de los créditos. Comprende el producto del producto, mientras que el pago abarca tanto el pago en efectivo como en especie (por ejemplo, bienes devueltos por el deudor al cedente).

95. La naturaleza real del derecho sobre el producto es una cuestión distinta de la prelación. Un reclamante con prelación de conformidad con la ley aplicable según el proyecto de convención obtendrá el pago en primer lugar y prevalecerá sobre otro reclamante (que no sea un reclamante con un derecho no consensual superior a la prelación; véase el proyecto de párrafo 5) del artículo 25) tanto si ese otro reclamante tiene un derecho real como si tiene un derecho personal (por esta razón la Secretaría sugiere tratar estas cuestiones en disposiciones separadas; véase el documento A/AC.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 26). Sin embargo, la naturaleza real del derecho de un reclamante con respecto al producto puede ser decisiva en caso de insolvencia. Si el reclamante con prelación tiene el derecho real con respecto al producto, podrá separar el producto de la masa de la insolvencia (si se trata de una cesión absoluta) o será tratado como un acreedor garantizado y recibirá el pago antes que los acreedores quirografarios (si se trata de una cesión a título de garantía). Si, por el contrario, un reclamante con prelación tiene un derecho personal, recibirá el pago proporcionalmente con los demás acreedores quirografarios, si queda un saldo después del pago de los acreedores con privilegios especiales y derechos de garantía.

¹ Visto el carácter provisional del proyecto de artículo 26, el comentario sobre esta disposición es breve. El comentario completo se redactará después de que el Grupo de Trabajo ultime esta disposición.

96. Conforme al párrafo 1), el cesionario con prelación que reciba el pago puede conservar lo cobrado. La limitación implícita, que quizá haya que mencionar explícitamente, es que el cesionario no puede retener más que el valor de su crédito (sobre este asunto y la cuestión de los intereses, véase el documento A/CN.99/WG.II/WP.104, observación 3 al proyecto de artículo 26). El párrafo 2) tiene por fin conceder al cesionario un derecho real sobre ciertos tipos de producto (por ejemplo, el producto en efectivo) y sólo bajo ciertas condiciones (es decir, si el cedente recibe el pago en nombre del cesionario y mantiene ese producto separado de sus propios activos). Esta disposición limitada persigue la finalidad de facilitar prácticas, como el descuento oculto de facturas y la bursatilización, en la medida en que un derecho real con respecto al producto aumenta la certidumbre del pago al cesionario, en particular en caso de insolvencia. Esa disposición podría ejercer un efecto apreciablemente positivo sobre la disponibilidad y el costo del crédito (para una sugerencia de la Secretaría de extender la aplicación de esta disposición a otros tipos de producto cuando se satisfagan las condiciones expuestas en el párrafo 2), véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 al proyecto de artículo 26).

97. Los párrafos 3) a 5) tratan de la cuestión de la prelación en materia de producto. Se basan en una distinción entre productos que consisten en créditos y otros tipos de producto (por ejemplo, mercancías). La norma consagrada en esos párrafos es que la prelación en materia de producto que consista en créditos se rige por la ley de la ubicación del cedente, mientras que la prelación en otros tipos de activos se fije por la *lex rei sitae*. Con respecto a los créditos, el Grupo de Trabajo ha podido reemplazar la *lex situs* del crédito por la ley de la ubicación del cedente. La principal razón para adoptar este criterio es que la aplicación de la *lex situs* del crédito produciría resultados inmanejables, ya que: en el caso de créditos futuros, la *lex situs* no sería conocida en el momento de la cesión; y, en el caso de cesiones en bloque, las cuestiones de prelación con respecto a una masa única indeferenciada de créditos estarían sometidas a leyes diferentes. En cuanto al producto en forma de activos corporales, el Grupo de Trabajo no ha considerado posible apartarse de la *lex rei sitae*, ya que tal solución podría frustrar las expectativas de terceros en el país en que se encontrase el activo.

* * *

CAPÍTULO V. CONFLICTOS DE LEYES

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 185 a 187

A/CN.9/445, párrs. 52 a 55
A/CN.9/455, párrs. 67 a 73

COMENTARIO

98. El capítulo V tiene por fin exponer algunos principios generales ampliamente adoptados pero no reconocidos en todos los ordenamientos jurídicos. No abriga el propósito de ocuparse de manera exhaustiva de todas las cuestiones relacionadas con la cesión, ni de desplazar o contradecir ningún texto legislativo vigente en esta esfera del derecho. En particular, los proyectos de artículo 27 y 28 reflejan los principios generalmente aceptados: que el contrato de cesión está sometido a la ley elegida por el cedente y el cesionario; y que la relación entre el cesionario y el deudor está sometida a la ley que rige el crédito. Los proyectos de artículo 30 y 31 reflejan así mismo principios generalmente aceptados de que la ley aplicable puede ser dejada sin efecto si es manifiestamente contraria al derecho imperativo o al orden público.

99. Si el Grupo de Trabajo decide que este capítulo puede aplicarse prescindiendo de las disposiciones sobre el ámbito del proyecto de convención, cuando el foro sea un Estado contratante (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al capítulo V), el capítulo V ampliaría el ámbito de aplicación de las innovadoras normas del proyecto de Convención sobre prelación. A diferencia de los proyectos de artículo 27, 28, 30 y 31, la norma de prelación contenida en el proyecto de artículo 29 rompe terreno nuevo en cuanto se refiere a una cuestión que no está resuelta de manera clara ni apropiada en la legislación vigente. En armonía con los proyectos de artículo 24 y 26, el proyecto de artículo 29 somete las cuestiones de prelación a la ley de una jurisdicción única y fácilmente determinable, es decir, la ley de la ubicación del cedente (para un análisis de las ventajas de este criterio, véanse los párrafos 79 y 80 y 88).

* * *

Artículo 27. Ley aplicable al contrato de cesión

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 188 a 196
A/CN.9/445, párrs. 52 a 74
A/CN.9/455, párrs. 67 a 119

COMENTARIO

100. El proyecto de artículo 27 tiene por fin reflejar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a la ley aplicable al contrato de cesión. Aunque esté ampliamente reconocido, este principio no es conocido en todos los ordenamientos jurídicos. Conforme al párrafo 1), el cedente y el cesionario pueden convenir en la ley aplicable al contrato de cesión. Se trata de que el perfeccionamiento, la validez y los derechos y obligaciones del cedente y el cesionario derivados del contrato de cesión queden comprendidos en la expresión “contrato de cesión” (para una sugerencia de que se exponga expresamente esta consecuencia, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 27). No obstante, si la cesión consiste únicamente en una cláusula en el contrato de financiación, esta expresión no se propone abarcar el contrato de financiación en conjunto.

101. El párrafo 1) dispone que la elección de ley puede ser expresa. El Grupo de Trabajo reconoció que una elección implícita armonizaría con las tendencias actuales del derecho privado internacional. Sin embargo, se estimó

en general que se justificaba un criterio diferente en el caso de las operaciones de financiación, en las que la certidumbre es de la mayor importancia y puede determinar si una operación se realiza y a qué costo.

102. El párrafo 2) se refiere a las situaciones excepcionales en las que las partes no han convenido en la ley aplicable al contrato de cesión o en las que sí han convenido, pero su acuerdo resulta luego inválido. Se refiere al criterio de la vinculación más estrecha, que puede tener como resultado la aplicación de la ley de la ubicación del cedente (por ejemplo, en el caso de una cesión a título de venta) o de la ley de la ubicación del cesionario (por ejemplo, en una cesión a título de garantía efectuada en el contexto de una operación de crédito). En un intento por combinar la flexibilidad con la certeza, el párrafo 2) introduce una presunción simple de que la ley del Estado con la vinculación más estrecha con el contrato es la de la ubicación del cedente. La ubicación significa, en este contexto, el establecimiento. Dado el reducido ámbito de aplicación del párrafo 2), el Grupo de Trabajo pensó que esa referencia al establecimiento no socavaría la certeza necesaria para las operaciones de financiación.

103. El párrafo 3) tiene por fin reflejar el principio generalmente aceptado de que las partes en un contrato no pueden apartarse de las normas imperativas de la ley aplicable en caso de que no hayan elegido una ley, cuando el contrato esté vinculado únicamente con otro Estado.

* * *

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

REFERENCIAS

A/CN.9/420, párrs. 197 a 200

A/CN.9/445, párrs. 65 a 69

A/CN.9/455, párrs. 92 a 104 y 117

COMENTARIO

104. De acuerdo con el principio de que el proyecto de convención no debe cambiar la situación jurídica del deudor, el proyecto de artículo 28 refleja una norma generalmente aceptable, por la que se dispone que la relación entre el cesionario y el deudor está sometida a la ley que rige el crédito. En el caso de créditos contractuales, esa ley sería la que rigiese el contrato de origen, que será probablemente la ley elegida por el cedente y el deudor y, a falta de elección de ley, la ley del país más estrechamente vinculado con el contrato de origen. El Grupo de Trabajo decidió evitar la inclusión de normas detalladas en cuanto a la ley que rige el crédito. Se estimó en general que esas normas minuciosas no eran necesarias en un capítulo cuyo fin era fijar ciertas normas generales, sin ocuparse de todas las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con la cesión. Se creyó generalmente que sería inadecuado tratar de determinar una ley que rigiese el crédito en la amplia variedad de contratos que podían dar su origen a un crédito (por ejemplo, contratos de venta, contratos de seguro, contratos relativos a operaciones en los mercados financieros).

105. Inspirado en el párrafo 2) del artículo 12 del Convenio de Roma, el proyecto de artículo 28 se refiere a la relación entre el cesionario y el deudor. La cesión no crea una relación contractual entre ambos. El cedente sigue siendo el cocontratante del deudor y éste conserva sus derechos frente al cedente. Queda, empero, establecida *de facto* una relación en cesionario y deudor sobre la base de que el primero puede notificar al deudor y solicitar el pago. Con objeto de evitar cualquier género de duda, el proyecto de artículo 28 declara expresamente que abarca las condiciones en las que cabe invocar la cesión frente al deudor y la liberación de éste (en cuanto a los derechos de compensación, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 1 y 2 al proyecto de artículo 28).

106. El proyecto de artículo 28 abarca igualmente la transferibilidad como cuestión relacionada con el pago del deudor y su liberación. Si quedan comprendidas tanto la transferibilidad contractual como la legal dependerá del alcance del capítulo V, cuestión aún no decidida por el Grupo de Trabajo. Si el capítulo V se aplica a las operaciones comprendidas en el ámbito del proyecto de convención, la transferibilidad contractual estará sometida al proyecto de artículo 10, mientras que la transferibilidad legal se regirá por la ley especificada en el proyecto de artículo 28 a condición de que el foro fuese un Estado Contratante. Si, por el contrario, el capítulo V se aplica incluso a las operaciones que quedan fuera del ámbito del proyecto de convención, la transferibilidad contractual con respecto a esas operaciones y la transferibilidad legal con respecto a las operaciones dentro y fuera del ámbito del proyecto de convención estarán sometidas a la ley aplicable conforme al proyecto de artículo 28 (en ese caso, la transferibilidad contractual con respecto a las operaciones comprendidas en el ámbito del proyecto de convención estarán sometidas al proyecto de artículo 10). El Grupo de Trabajo consideró que el proyecto de artículo 28 regiría las prohibiciones legales orientadas a la protección del deudor (por ejemplo, restricciones a la cesión de créditos soberanos) o a la protección del cedente (por ejemplo, las restricciones a la cesión de salarios, pensiones y pagos en virtud de pólizas de seguro de vida). Las consideraciones del Grupo de Trabajo se basaron en el supuesto de que si la aplicación de la ley que rigiese el crédito fuese contraria a una prohibición legal contenida en una norma de orden público o derecho imperativo del foro y dirigida a la protección del cedente, podría dejarse de lado e incluso reemplazarse por la norma de derecho imperativo del foro o de otro Estado (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 3 al proyecto de artículo 28). El Grupo de Trabajo tal vez desee reexaminar el asunto. Las prohibiciones legales orientadas a la protección del cedente provocan la invalidación de las cesiones en cuanto a las partes en ellas y, en consecuencia, frente al deudor. Como consecuencia, la cuestión de la relación entre el cesionario y el deudor no se plantea siquiera en este contexto. Puede ser más apropiado, pues, someter esas prohibiciones legales a la ley de la ubicación del cedente que a la ley que rija el crédito.

* * *

Artículo 29. Ley aplicable a los conflictos de prelación

REFERENCIAS

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

COMENTARIO ²⁴

107. El proyecto de artículo 29 aparece entre corchetes a la espera de que el Grupo de Trabajo determine el alcance o la finalidad del capítulo V. El mantenimiento del proyecto de artículo 29 sólo tiene sentido si el capítulo V se ha de aplicar a operaciones distintas de las comprendidas en el ámbito del proyecto de convención conforme al capítulo I. Si el capítulo V tiene el mismo ámbito de aplicación que las demás partes del proyecto de convención, el proyecto de artículo 29 repite normas reflejadas en los proyectos de artículos 24 a 26 y puede, por tanto, suprimirse. Si se conserva, el proyecto de artículo 29 tendría que armonizarse con los proyectos de artículo 24 a 26 (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 29). Si el capítulo V se ha de aplicar prescindiendo del capítulo I, puede ser preciso especificar que se aplica también a los conflictos en que intervenga una cesión subsiguiente como si el cesionario subsiguiente fuese el inicial (este asunto se trata en el capítulo I, proyecto de apartado b) de artículo 2).

108. Como norma de derecho internacional privado, el proyecto de artículo 29 tiene la finalidad de aportar certeza con respecto a la ley aplicable a los conflictos de prelación. Esa certidumbre depende de que se haga remisión a la

ley de una jurisdicción única y fácilmente determinable la ley del lugar de constitución del cedente o de su administración central; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 10 al proyecto de artículo 5).

109. La prelación se define en el proyecto de apartado i) de artículo 5 como una preferencia (en el pago u otra forma de liberación) y el proyecto de artículo 29 especifica las partes entre las que pueden plantearse esos conflictos. Dado que el deudor no es una de esas partes, la prelación no se relaciona con la liberación del deudor. Por consiguiente, no se puede pedir al deudor que quede liberado conforme a la ley que rija el crédito que pague de nuevo a la parte con prelación conforme a la ley de la ubicación del cedente.

* * *

² Según sea la decisión que el Grupo de Trabajo adopte en cuanto al alcance o finalidad del capítulo V, el proyecto de artículo 29, que tiene por fin reproducir las normas contenidas en los proyectos de artículo 24 a 26, podrá ser mantenido o suprimido. Por esta razón, en esta etapa, sólo se proporciona un breve comentario.

Artículo 30. Reglas imperativas

REFERENCIAS

A/CN.9/455, párrs. 111 a 117

COMENTARIO

110. El párrafo 1) tiene por fin reflejar un principio generalmente aceptado en el derecho internacional privado, según el cual la ley imperativa del foro puede aplicarse independientemente de la ley por lo demás aplicable. La ley imperativa no se refiere en este contexto a la ley de la que no es posible apartarse mediante acuerdos sino a la ley de importancia fundamental, como la ley de protección del consumidor o la ley penal (*loi de police*).

111. El párrafo 2) introduce una norma diferente, a saber, que un tribunal en un Estado Contratante puede no aplicar su propia ley ni la ley aplicable conforme a los proyectos de artículo 27 y 28, sino la ley de un tercer país en razón de que las materias resueltas en esas disposiciones tienen una vinculación estrecha con ese país.

112. Apartándose del criterio seguido en los textos de derecho internacional privado, el Grupo de Trabajo decidió limitar el alcance del proyecto del artículo 30 a la aplicación de la ley aplicable al contrato de cesión y a la relación entre el cesionario y el deudor. Se creyó en general que esa solución se justificaba con respecto a la ley aplicable y a las cuestiones de prelación, ya que las normas mismas de prelación son de carácter imperativo y el dejarlas de lado a favor de las normas imperativas del foro o de otro Estado tendría como consecuencia no buscada la incertidumbre en cuanto a los derechos de terceros, consecuencia que repercutiría negativamente sobre la disponibilidad y el costo del crédito.

* * *

Artículo 31. Orden público

REFERENCIAS

A/CN.9/455, párrs. 118 y 119

COMENTARIO

113. El proyecto de artículo 31 difiere del proyecto de artículo 30 en que el primero tiene un efecto sólo negativo, es decir, el de pasar por alto una norma de la ley aplicable cuando sea manifiestamente contraria al orden público del foro. A diferencia del proyecto de artículo 30, el proyecto de artículo 31 no tiene un efecto positivo, es decir, no resulta en la aplicación positiva del orden público del foro. En otras palabras, el orden público en el contexto de proyecto de artículo 31 significa el orden público internacional y no el orden público nacional del foro.

114. Análogamente con el criterio seguido en otros textos jurídicos internacionales, se ha añadido el adverbio “manifiestamente” antes de las palabras “contraria al orden público” (véase el párrafo 90). Debe observarse que lo que tiene que ser manifiestamente contrario al orden público del foro es la aplicación de la ley aplicable a un caso particular y no la ley aplicable misma. La aplicación de la ley extranjera no puede, por lo tanto, rehusarse en razón de que la ley misma, en general, se considere incompatible con el orden público del foro sino sólo cuando la aplicación de una norma particular a un caso concreto repugnase al orden público.

* * *