



Asamblea General

Distr. LIMITADA
A/CN.9/WG.II/WP.99
10 de julio de 1998

ESPAÑOL
Original: FRANCÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales
Internacionales
29º período de sesiones
Viena, 5 a 16 de octubre de 1998

FINANCIACIÓN POR CESIÓN DE CRÉDITOS

Informe del grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Nota de la Secretaría

1. En el 25º período de sesiones de la Comisión se señaló que la complejidad de los aspectos de la cesión relacionados con el derecho internacional privado no debía ser motivo para no incluir esos aspectos en la labor futura de la Comisión, sino que por el contrario debía incitar a reforzar la cooperación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por ejemplo mediante reuniones mixtas de expertos sobre cuestiones de interés común relacionadas con la cesión de créditos (A/50/17, párr. 380).
2. Con ese fin, la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya organizó, en cooperación con la secretaría, una reunión de expertos (La Haya, 18 a 20 de mayo de 1998) para examinar los aspectos de la cesión relacionados con el derecho internacional privado en el proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.
3. A raíz de la reunión del grupo de expertos, la secretaría recibió de la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya el informe de esa reunión redactado en francés. Este documento se adjunta a la presente nota en la forma en que lo recibió la secretaría.

ANEXO

Grupo de trabajo establecido por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en cooperación con la secretaría de la CNUDMI

Cesión de créditos

Informe
preparado por Catherine Kessedjian,
Secretaria General Adjunta de la Conferencia
de La Haya de Derecho Internacional Privado,
con la asistencia de Patrick Wautelet,
pasante

Por invitación de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en cooperación con la CNUDMI, del 18 al 20 de mayo de 1998 se celebró una reunión de trabajo en las dependencias de la Mesa Permanente de la Conferencia, en La Haya.

Asistieron a la reunión los expertos de 16 Estados.

En los debates se trató de sopesar las ventajas y los inconvenientes de las opciones elegidas provisionalmente por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI encargado de preparar un proyecto de Convención sobre la financiación por cesión de créditos, así como de determinar las eventuales dificultades de esas opciones y, de ser posible, validarlas o proponer otras. Cuando se consideró que las disposiciones propuestas en el proyecto de Convención podían engendrar demasiadas dificultades sin que pudiera proponerse ninguna otra opción, los expertos recomendaron que el presente informe contuviera los elementos del debate sin formular propuestas concretas.

Los debates se centraron en cinco grandes temas en los que se basará el presente informe: 1) el papel de las reglas de conflictos de leyes en la delimitación del ámbito de aplicación geográfica de la Convención; 2) la noción de internacionalidad y sus distintas aplicaciones en el proyecto de Convención; 3) la definición del concepto de "situación"; 4) las reglas de conflictos de leyes destinadas a paliar la ausencia de solución material; 5) las reglas generales de conflictos de leyes destinadas a aplicarse aunque no se aplique la Convención.

Como introducción convendría recordar algunos de los grandes principios en que se basa la labor de la CNUDMI mencionados por algunos expertos: 1) las reglas enunciadas deben reflejar las necesidades de la práctica financiera contemporánea; 2) las reglas deben garantizar una mayor certeza y dar a las soluciones un carácter más previsible; asimismo, deben permitir la cesión simultánea de créditos actuales y futuros. Estos principios han guiado las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

1) *La función de las reglas de conflictos de leyes en la delimitación del ámbito de aplicación geográfica de la Convención*

El artículo 1 del proyecto de Convención¹ dispone lo siguiente:

¹ El documento de referencia lleva la signatura A/CN.9/WG.II/WP.96.

1. *La presente Convención será aplicable a la cesión de créditos internacionales y a la cesión internacional de créditos como se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la cesión, el cedente se encuentre² en un Estado contratante.*

2. *[Las disposiciones de los artículos [...] no serán aplicables,] [La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor,] a menos que el deudor se encuentre en un Estado contratante [o a menos que las reglas del derecho internacional privado designen como ley aplicable la de un Estado Contratante].*

...

Se observa que en los dos párrafos citados del artículo 1 se siguen criterios distintos. El primer párrafo se limita a establecer un criterio geográfico preciso sin invocar las reglas de derecho internacional privado, mientras que el segundo párrafo (concebido como una excepción parcial respecto del primer párrafo) propone una ampliación eventual del ámbito de aplicación de la Convención respecto del deudor cuyas deudas se hayan cedido cuando el derecho aplicable a su relación con el cedente (ley del crédito cedido) sea el de un Estado contratante³. Así pues, los expertos se han planteado la posibilidad de armonizar las dos disposiciones para incluir en el primer párrafo una ampliación del ámbito de aplicación por medio de las reglas de derecho internacional privado.

1.1. Los expertos examinaron en primer lugar el principio propiamente dicho de la utilización de las reglas de derecho internacional privado para ampliar el número de hipótesis en que la Convención puede resultar aplicable. La CNUDMI ya utilizó ese método en la Convención de Viena del 11 de abril de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, que en el párrafo 1 b) de su artículo 1 dispone que la Convención se aplicará “cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante”. Obviamente, una de las ventajas esenciales de tal disposición es que permite aplicar la Convención; sin esa disposición un Estado podría aplicar el derecho interno del Estado designado por la regla de conflictos de leyes cuando ese Estado hubiera ratificado la Convención.

Se ha recordado que esa disposición, incorporada tardíamente al texto durante las negociaciones de la Convención de Viena, fue objeto de una intensa controversia al entrañar una posibilidad de reserva. La disposición en sí ha planteado dificultades de aplicación en la práctica, ya que los profesionales del comercio desconocen en la mayoría de los casos las técnicas particulares del derecho internacional privado, y esas técnicas se complican más con la posibilidad de que cada Estado formule una reserva.

Pero, al margen de esa dificultad práctica, la determinación de las reglas de derecho internacional privado aplicables plantea un problema esencial. Uno de los expertos sugirió que esas reglas podrían emanar de la propia Convención, a condición de que contuviera reglas generales que fueran más allá de las reglas materiales de la Convención⁴. En realidad, en el marco de la Convención de Viena, las reglas que deben aplicarse son las de

² Sobre la definición de este término, véase la sección 3 *infra*.

³ Cabe señalar que la diferencia de criterio se explica por el hecho de que el segundo párrafo no se ha sometido al examen del Grupo de Trabajo de la CNUDMI al haber sido introducido recientemente en el proyecto de texto.

⁴ Sobre esta cuestión, véase la sección 5 *infra*.

derecho internacional privado del fuero en que se juzga un litigio⁵. Si esta solución fuera adoptada en el marco del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos, podría minar los dos objetivos esenciales de esta Convención, que son la certeza y la previsibilidad⁶. En efecto, en el momento en que el cedente y el cesionario negocian la cesión, es posible que la determinación del fuero en caso de conflicto no resulte fácil, sobre todo si las partes no han convenido una cláusula sobre la elección del fuero.

Sin embargo, esa dificultad será minimizada si las partes han convenido el derecho aplicable. Pero en tal caso el argumento esencial aducido contra la utilización de reglas de derecho internacional privado consiste en recordar que la Convención contiene reglas de prelación y reglas más generales sobre los derechos de los terceros. Se ha dicho que esas disposiciones constituyen uno de los logros esenciales de la Convención. Ahora bien, los derechos de los terceros no pueden hacerse depender de la elección de una ley o de un foro por las partes en la cesión. En consecuencia, se ha recomendado no modificar el párrafo 1) del artículo 1.

1.2. El segundo párrafo del proyecto de Convención contiene de entrada la propuesta de aplicar la Convención al deudor cuyas deudas se han cedido si el derecho aplicable a sus relaciones con el cedente es el de un Estado contratante, en caso de que no se encuentre en el territorio un Estado contratante. Esa propuesta se justifica con la idea de que la Convención contiene disposiciones materiales de protección del deudor que éste debe conocer en los dos casos previstos por ese texto. No obstante, una disposición de esa índole dificultaría mucho la cesión de créditos agrupados, ya que, para evaluar los riesgos, el cesionario debería determinar el derecho aplicable a cada uno de los créditos cedidos. Es cierto que se plantea la misma dificultad con la exigencia de que el deudor se encuentre en el territorio de un Estado contratante; en tal caso la cesión podría abarcar créditos relativos a deudores situados en Estados contratantes y no contratantes. Pero, en ese caso, si el cesionario desea diferenciar esos créditos para evaluar sus riesgos, el criterio geográfico estricto le permite hacerlo sin dificultades. En cambio, no será así cuando deba basarse en las reglas de conflictos de leyes.

En consecuencia, los expertos recomiendan que se suprima la referencia al derecho internacional privado en el segundo párrafo del artículo 1⁷.

2) *La internacionalidad*

El Grupo de Trabajo tras decidir mantener en su forma actual el párrafo 1) del artículo 1, examinó la necesidad de definir la noción de internacionalidad en los dos casos previstos por ese artículo: la cesión de créditos internacionales y la cesión internacional de créditos.

⁵ Esta propuesta es considerada demasiado general por algunos. En efecto, si el fuero que conoce del caso es un Estado no contratante de la Convención, no estará obligado por el artículo 1 1) b) y no tendrá la obligación, en virtud del derecho internacional público, de aplicar la Convención aunque su derecho internacional privado designe el derecho de un Estado contratante. Esa misma dificultad se plantea de forma general cuando se somete el litigio a un tribunal arbitral que por hipótesis no constituye un fuero y no está vinculado *a priori* por las convenciones internacionales. No obstante, puede argumentarse que los tribunales arbitrales sí deben tomar en consideración todas las convenciones internacionales vigentes. Muchos tribunales arbitrales actúan así. Estas dos controversias podrían ser argumentos suficientes para que los redactores decidieran no adoptar tal método.

⁶ Durante los debates, los expertos no dejaron de hacer referencia a esos dos objetivos, demostrando así que cada regla propuesta (ya sea material o de conflictos de leyes) debe responder a esos imperativos.

⁷ Si no obstante el Grupo de Trabajo de la CNUDMI decidiera mantener esta referencia en el texto, habría que asegurarse de que la referencia a la ley de un Estado contratante designa las disposiciones de la Convención y no su derecho interno.

Se recordó la tradición muy arraigada en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de no definir la internacionalidad. En efecto, los estudios comparativos demuestran que en la mayoría de los países coexisten al menos dos conceptos de internacionalidad: uno jurídico y otro económico. El concepto jurídico se basa en la nacionalidad o en la situación geográfica de las partes interesadas. El concepto económico tiene en cuenta las corrientes de bienes, personas y fondos a través de las fronteras. Conforme a esta última acepción, es internacional toda relación que, aunque se establezca entre socios situados en un mismo territorio, tenga un aspecto que deba ejecutarse en otro Estado.

La ventaja del concepto jurídico radica esencialmente en su simplicidad⁸, por lo que confiere una mayor certeza y previsibilidad a las soluciones. En cambio, el concepto económico permite ampliar el número de operaciones a las que se aplican las reglas internacionales. Esas reglas internacionales están a veces unificadas y son más flexibles. Por ello son muchos los profesionales que prefieren que sus relaciones se califiquen de internacionales.

En el marco de las Convenciones de La Haya, los redactores evitaron siempre inclinarse por uno de los dos conceptos. La coexistencia de esos dos criterios, y eventualmente de otros, no se ha considerado nefasta para el buen funcionamiento de las convenciones de derecho internacional privado.

Sin embargo, en el marco de la Convención que se examina, se explicó que los profesionales económicos deben poder determinar con certeza y con anticipación los casos de aplicación de la Convención. Con ese fin se ha juzgado necesaria una definición que sólo contenga criterios precisos, objetivos y simples.

Las deliberaciones sobre los posibles criterios han puesto de manifiesto que la definición de internacionalidad puede plantear ciertos problemas prácticos en lo que se refiere a la cesión de créditos agrupados. En efecto, según el texto del anteproyecto, el artículo 3 permite la cesión de créditos internacionales y nacionales en una sola operación. El Grupo de Trabajo ha considerado que para resolver este problema no hay que modificar los criterios de internacionalidad sino introducir eventualmente una disposición que especifique que los derechos y obligaciones del deudor cuya deuda sea objeto de una cesión nacional no se verán afectados por la Convención.

En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió recomendar que se mantuviera en el texto el artículo 3 del anteproyecto en su forma actual.

3) *Definición del concepto de situación*

Varias disposiciones del anteproyecto de Convención contienen una referencia a la situación de una de las partes en la cesión del crédito.

En el artículo 5 j) se define ese concepto en los siguientes términos:

Se entenderá que una persona se encuentra en el Estado en que tenga su sede estatutaria o, si no tiene sede estatutaria o si se trata de una persona física, su residencia habitual.

Se recordó que tradicionalmente había que hacer la distinción entre las reglas aplicables a las personas físicas y las destinadas a personas jurídicas u otras agrupaciones.

⁸ Es posible que esa simplicidad sea sólo aparente, ya que la determinación de la nacionalidad de una persona (concretamente de una persona jurídica) o de su residencia habitual u otra localización puede resultar compleja en la práctica. Sobre el concepto de "situación" en el sentido del proyecto de Convención que se examina, véase la sección 3 *infra*.

Por lo que respecta a las personas físicas, el derecho internacional privado moderno da importancia a los vínculos con la residencia habitual, más que al domicilio. El concepto de residencia habitual es más flexible, menos estricto y permite respetar la realidad de la inserción de una persona en un determinado orden jurídico, económico y social⁹.

En cuanto a las personas jurídicas, el derecho comparado demuestra que los países siguen divididos entre los que admiten la sede social estatutaria (lugar de matriculación)¹⁰ y los que prefieren la sede social real. A este respecto cabe señalar que el concepto de sede social real se expresa con distintos términos, como administración central, establecimiento principal o centro de intereses principales.

Para los partidarios de la sede social real, este concepto tiene la ventaja de situar a la persona jurídica en el centro de sus actividades económicas y corresponde al equivalente funcional de la residencia habitual de las personas físicas. En cambio, la sede social estatutaria refleja una elección voluntaria de la persona que puede obedecer a preocupaciones totalmente ajenas a su actividad pero relacionadas con la organización interna de la persona jurídica¹¹ o con criterios fiscales.

Es preciso observar que el derecho internacional privado no ha logrado unificar la definición de la sede de las personas jurídicas, ya que cada país sigue sus tradiciones. Como ejemplo cabe citar el artículo 58 (primer párrafo) del Tratado de Roma por el que se instituye la Comunidad Europea, nunca modificado por los posteriores tratados, que dispone lo siguiente:

Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

El párrafo 1 del artículo 3 del Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia, firmado en Bruselas el 23 de noviembre de 1995, dispone lo siguiente:

... En lo que se refiere a las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.

Del mismo modo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza no hace una elección concreta, ya que el párrafo 4 de su artículo 13 dispone que:

Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social, ... es el centro de sus principales intereses.

⁹ Para un ensayo de sistematización de los criterios que deben tomarse en consideración para determinar la residencia habitual de una persona física, es muy útil leer el artículo del Dr. E.M. Clive, "The Concept of Habitual Residence", *The Juridical Review*, 1997, págs. 137 a 147.

¹⁰ Se planteó la cuestión de si el concepto de "sede estatutaria" corresponde exactamente a la noción de "registered office", que figura en la versión en inglés del proyecto de Convención. Este problema no se ha examinado a fondo.

¹¹ Cabe mencionar que el Estado de Delaware (Estados Unidos) ha elaborado un conjunto de reglas legislativas y de jurisprudencia de gran complejidad que permite a las sociedades administrar de forma óptima su organización interna, razón por la cual muchas empresas han decidido establecer su sede estatutaria en ese Estado, aunque no ejerzan en él ninguna actividad económica.

Contrariamente a esa tendencia mayoritaria, que parece perfilarse, a no inclinarse por ninguna de las dos opciones, a fin de ajustarse más a la realidad económica de la persona jurídica interesada¹², en el proyecto de Convención sobre la cesión de créditos sí se hace una elección que, conforme a lo arriba indicado, es a favor de la sede social estatutaria.

Uno de los argumentos aducidos en apoyo de este criterio es la necesidad de poder localizar con certeza la situación del cedente¹³. Ciertos expertos estiman que sólo la sede social estatutaria cumple este requisito.

No obstante, conviene recordar que en la gran mayoría de los casos la sede estatutaria y la sede real coinciden. Pero, en los casos en que la sociedad hace una elección ante la dicotomía¹⁴, la aplicabilidad de la Convención, centrada esencialmente en la situación del cedente, hará prácticamente imposible la aplicación de ese texto, dado que los países en los que tradicionalmente las sociedades establecen su sede social estatutaria permanecen al margen de los esfuerzos de unificación del derecho y apenas ratifican las convenciones existentes¹⁵.

Desde la perspectiva del cesionario, para quien la aplicabilidad de la Convención es muy importante y cuyos derechos y obligaciones dependen, en su mayor parte, de la ley del cedente, al no estar regulados por las reglas materiales de la Convención, la certeza a corto plazo que representa la sede estatutaria del cedente puede resultar contraproducente en los casos de dicotomía mencionados en el párrafo anterior.

A continuación, el Grupo examinó detenidamente la cuestión del conflicto de la movilidad. Los miembros del Grupo discreparon sobre si era más fácil cambiar de sede estatutaria que de sede real. Al no poder hallar una respuesta, el Grupo consideró que ese argumento no era decisivo para inclinarse por una u otra opción. Dicho esto, todos los expertos coincidieron en que debía haber una disposición que regulara el conflicto de la movilidad en el marco de las reglas de conflictos de leyes.

En conclusión, el Grupo de Trabajo estima que debe hacerse una distinción entre la definición de las personas físicas y la relativa a las personas jurídicas y otras agrupaciones.

Por lo que respecta a las personas físicas, el Grupo de Trabajo adoptó el criterio de la residencia habitual.

Sobre las personas jurídicas no pudo llegarse a ninguna conclusión definitiva.

No obstante, se propuso que el texto se inspirara en la definición que figura en el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que dice lo siguiente:

¹²A este respecto cabe señalar que la Convención de las Naciones Unidas de 1995 sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente prevé en su artículo 22 que la ley aplicable es la del Estado en que el garante o el emisor tenga el establecimiento donde la promesa haya sido emitida.

¹³En el proyecto de Convención se utiliza asimismo el concepto de "situación" para el deudor cuyas deudas se han cedido (artículos 1.2 y 3) y el cesionario (artículo 3), si bien es cierto que la mayoría de las reglas se centran en la situación del cedente.

¹⁴Se trata aquí de una dicotomía internacional, y no de la dicotomía existente en un Estado federal, ya que en este último caso la Convención se aplica normalmente a todo el territorio federal.

¹⁵Se ha replicado que las empresas que hayan hecho esa elección y que, en consecuencia, no podrán tener acceso a financiación por cesión de créditos al no ser aplicable la Convención se verán inducidas a cambiar su sede social estatutaria.

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 5, se presume que el contrato está más estrechamente vinculado con el país en que la parte que debe realizar la prestación característica tenga su residencia habitual, en el momento de la celebración del contrato, o su administración central, si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica. Ahora bien, si el contrato se celebra en el marco de la actividad profesional de esa parte, este país será el país en que se encuentre su principal establecimiento o, si la prestación debe ser realizada por un establecimiento que no sea el establecimiento principal, el país en que se encuentre ese otro establecimiento.

Otra posibilidad sugerida era que se siguiera el tenor de la definición antes citada del Convenio europeo relativo a los procedimientos de insolvencia.

Sea como fuere, los expertos hicieron suya la idea de que, independientemente de la elección definitiva de la sede social estatutaria o real, parecía necesario prever una regla específica para el supuesto en que el cedente actuara a través de un establecimiento autónomo, una sucursal u otra entidad sin personalidad jurídica diferenciada.

4) *Las reglas de conflictos de leyes destinadas a paliar la ausencia de solución material*

El Grupo de Expertos estuvo de acuerdo en la utilidad del papel que pueden desempeñar las reglas de conflictos de leyes en el marco del proyecto de Convención en la medida en que complementan el esfuerzo de unificación del derecho de las cesiones de créditos en cuestiones sobre las que los negociadores no han logrado concertar reglas materiales. Por ejemplo, sobre la forma, la transferibilidad, el derecho al producto del crédito, el derecho de prelación, y los derechos mutuamente competitivos en caso de insolvencia del cedente. A continuación se examina por separado cada uno de esos puntos.

4.1 *La forma*

Actualmente existen diversas variantes del artículo 9 del proyecto de Convención. La variante A prevé una regla material que exige un escrito, pero algunos expertos han indicado que esa regla material es inaceptable para un pequeño número de países que temen que la Convención mine su tradición al respecto. Así pues, es muy probable que el proyecto de Convención no pueda contener una disposición redactada conforme a los términos de la variante A¹⁶.

Se planteó entonces la cuestión de la ley aplicable a la forma en ausencia de regla material. Con matices considerables, las variantes B y C del mismo artículo prevén dos reglas de conflictos de leyes. Ahora bien, esas reglas no corresponden a la tendencia actual en derecho internacional privado que propugna otra regla de conflictos de leyes destinada a dar validez al contrato o al acto jurídico. Por lo demás, algunos expertos han demostrado que es poco probable que una regla de conflictos de leyes logre el objetivo que se persigue con una disposición sobre la forma.

En efecto, tras la reflexión se llegó a la conclusión de que el objetivo perseguido por la forma en el proyecto de Convención, más que la validez, es la identificación del contenido de la cesión o, en otras palabras, la prueba de dicho contenido. A partir de ahí, los expertos coincidieron en que era preferible adoptar una regla material, más que una regla sobre conflictos de leyes. Esa regla, que podría formularse de nuevo en relación con las variantes actuales de la Convención, podría decir lo siguiente:

“El crédito se tendrá por cedido cuando su cesión esté probada por todo medio ...”

¹⁶ No obstante, se ha sugerido que la variante A se mantenga en el texto, ofreciendo a los Estados que lo deseen la posibilidad de formular reservas.

Otra posibilidad consistiría en combinar las variantes B y C, pero el grupo de expertos no tuvo tiempo suficiente para formular con más precisión esa posible combinación.

4.2 *La transferibilidad*

La cuestión de la transferibilidad tiene dos vertientes con distintas problemáticas: la transferibilidad contractual y la transferibilidad legal.

4.2.1. Los expertos se preguntaron si la Convención podía prever razonablemente una regla como la enunciada en el artículo 12 del proyecto en virtud de la cual el crédito es transferible aun cuando haya sido objeto de un acuerdo de intransferibilidad entre el cedente y el deudor cuya deuda se pretenda ceder. A este respecto, los expertos examinaron la cuestión de si el artículo 12 podía ser modificado por el artículo 30, que prevé una regla de conflictos de leyes para regular las cuestiones de transferibilidad del crédito sin especificar si esa regla se aplica a la vez a la transferibilidad legal y a la transferibilidad contractual. Convendrá aclarar esta cuestión para delimitar la aplicación respectiva de los artículos 12 y 30.

Ante la imposibilidad de saber si las reglas nacionales en materia de transferibilidad contractual son o no imperativas, se sugirió que se realizara un estudio de derecho comparado antes de confirmar definitivamente esa disposición del proyecto que parece afectar profundamente a la autonomía de la voluntad y a la previsibilidad contractual para el deudor. Sin embargo, los expertos no formularon recomendaciones a este respecto.

4.2.2. Por lo que respecta a la transferibilidad legal, que no está reglamentada por el artículo 12 sino por el artículo 30 (regla de conflictos de leyes), se examinó la cuestión de si la reserva de orden público o sobre las reglas imperativas era o no suficiente. El Grupo de Expertos consideró más bien que no lo era. Así pues, se estimó necesario que hubiera una regla de conflictos de leyes. Esa regla podría designar la ley de crédito cedido. Sin embargo, tal regla no parece considerarse satisfactoria para las cesiones globales.

4.3 *El derecho del cesionario al producto del crédito*

Este derecho estaba regulado por un artículo 17 que debe ser objeto de una nueva redacción a cargo de la secretaría de la CNUDMI. Parece, en efecto, que se desconoce el concepto de "derecho al producto" en los sistemas de tradición romanogermánica, aunque pueda asociarse, pero no equipararse, a un derecho a tomar posesión de una cosa pese a las transacciones de que entretanto haya sido objeto ("*droit de suite*").

Todas las reglas de conflictos de leyes que se han examinado durante las deliberaciones han resultado de utilidad limitada. Efectivamente, lo idóneo sería aplicar conjuntamente dos reglas de conflictos de leyes: la ley de la cesión y la ley aplicable al producto en el que se haya transformado el crédito. Ante la complejidad de tal solución, los expertos estiman que es mejor dejar de buscar la solución en una regla de conflictos de leyes.

4.4 *El derecho de prelación*

El artículo 23 del proyecto de Convención prevé que el orden de prelación entre varios cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente se regule por la ley del cedente¹⁷.

Los expertos han considerado que esa disposición era una buena regla (o, en cualquier caso, la menos mala posible) habida cuenta de que:

¹⁷ Sobre esta disposición se ha planteado de nuevo el conflicto de la movilidad, que ya se trató en la sección 3 *supra* y que, como ya se ha dicho, deberá ser objeto de un complemento.

- a) la ley del crédito cedido resulta inaplicable en el caso de las cesiones globales.. Y precisamente la cuestión de la prelación se plantea sobre todo en ese caso, que se da cuando el cedente ha cedido a varios cesionarios una gran diversidad de créditos (un modo de gestión financiera cada vez más frecuente);
- b) el deudor cuyas deudas se cedan está protegido por las disposiciones materiales de la Convención y la regla de conflictos de leyes propuesta sólo podrá aplicarse cuando se haya declarado aplicable la Convención en su totalidad.

4.5 *Los derechos mutuamente competitivos en caso de insolvencia del cedente*

El proyecto de Convención prevé en su artículo 24 que la cuestión de los derechos mutuamente competitivos entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente se rige por la ley del cedente.

Esta disposición se justifica con el argumento de que un eventual proceso de quiebra se celebrará en el lugar en que se encuentre el cedente. Ahora bien, con esta justificación se propugna una definición distinta del concepto de situación del cedente para el artículo 24 si se ha mantenido la definición que figura actualmente en el artículo 5 j), referente a la sede estatutaria. En efecto, tanto el Convenio Europeo como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia permiten invertir la presunción en favor de la sede social real, si existe una dicotomía con la sede estatutaria.

Las disposiciones de los párrafos 3 y 4 del artículo 24 han sido concebidas con el fin de paliar ese inconveniente. Esas disposiciones son, cuando menos, harto complejas. La formulación del párrafo 3 es poco habitual, pues invierte el funcionamiento de la excepción de orden público, que normalmente tiene por fin impedir la aplicación de una medida, ley o decisión extranjera. Cabría proponer un nuevo enunciado, más conforme a la práctica al respecto, que sería el siguiente:

“Las disposiciones del presente artículo podrán considerarse inaplicables si son manifiestamente contrarias al orden público del Estado del fuero.”

En cuanto al párrafo 4, es posible que las hipótesis previstas no abarquen todos los supuestos concretos que podrían darse en la práctica¹⁸.

5) *Las reglas de conflictos de leyes generales concebidas para su aplicación aunque no se aplique la Convención*

En el proceso propuesto debe combinarse el capítulo VI del proyecto de Convención, que comprende los artículos 29 a 33, con el párrafo 3) del artículo 1¹⁹.

Este proceso no es nuevo en la tradición de la CNUDMI. En efecto, ya se utilizó en la Convención de 1995 sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Pero esa Convención no contiene más que dos disposiciones de derecho internacional privado, de ámbito de aplicación limitado, que por lo demás son poco controvertidas y no tienen *a priori* grandes efectos en el derecho de los Estados contratantes.

¹⁸ El Grupo de Expertos no examinó el párrafo 5 del artículo 24. No obstante, en una nueva lectura de esa disposición surgieron dudas sobre su alcance exacto.

¹⁹ Ese texto dice lo siguiente: “[Lo dispuesto en los artículos 29 a 33 será aplicable [a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos como se definen en el presente capítulo] con independencia de lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo.]”

En cambio, el capítulo VI del actual proyecto de Convención se presenta de modo muy distinto. En primer lugar, algunos expertos han observado que los Estados que no son partes en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁰ ni en ninguna otra convención²¹ sienten la necesidad de unificar sus reglas de conflictos de leyes en lo relativo a la cesión de créditos. Para esos expertos, la negociación de la Convención de la CNUDMI constituye una buena ocasión para tratar de lograr ese resultado.

Esta es la razón por la que el capítulo VI se ha insertado en el texto del proyecto; su finalidad es reglamentar no sólo el contrato de cesión sino también sus efectos con respecto a terceros y sus efectos en el traspaso de propiedad de los créditos pertinentes²².

El capítulo VI pretende ante todo prever reglas de conflictos de leyes para el contrato de cesión. Ahora bien, ese contrato, que regula la relación entre el cedente y el cesionario, no tiene ninguna particularidad que justifique la introducción de una regla de conflictos de leyes en una convención especial. Es posible que actualmente haya una necesidad a nivel mundial de unificar las reglas de conflictos de leyes en materia contractual, pero una convención especial no ofrece el marco adecuado para ello.

Lo mismo cabe decir de la regla de conflictos de leyes aplicable al crédito cedido. Para empezar, la Convención ya prevé que los créditos cedidos pueden ser de naturaleza muy distinta (por ejemplo, contractual o delictiva). Sin embargo, el artículo 30, que aquí también trata de prever una regla general aplicable a los créditos contractuales, no contiene ninguna referencia explícita a los otros créditos, salvo una referencia bastante sibilina a una "decisión u otro acto". En todo caso, las cuestiones relativas al derecho aplicable al crédito cedido no son cuestiones específicas del ámbito de las cesiones de créditos.

Basándose en lo anterior, ciertos expertos se han declarado partidarios de que el capítulo VI desaparezca totalmente del proyecto de Convención.

Cabría la posibilidad de mantener en el texto una disposición inspirada en el párrafo 1 del artículo 30, pero habría que formularlo de nuevo para eliminar las referencias a los mecanismos propios de las disposiciones materiales de la Convención que por hipótesis no serían aplicables para las reglas de conflictos de leyes. Se propuso entonces calcar esta disposición de la del párrafo 2 del artículo 12 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que dice lo siguiente:

²⁰ Este Convenio está abierto únicamente a los Estados miembros de la Unión Europea. Su artículo 12 trata específicamente de la cesión de créditos y su artículo 13 prevé una disposición en materia de subrogación.

²¹ Cabe mencionar aquí la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, firmada en México el 17 de marzo de 1994. Esta Convención aún no ha entrado en vigor.

²² Una de las cuestiones que se han planteado es si el capítulo debe limitarse únicamente a las cesiones de créditos no abarcadas por las reglas materiales de la Convención o si debe ser de aplicación general y abarcar las cesiones de créditos que no entran en el ámbito de aplicación de la Convención. Algunos expertos han manifestado una clara preferencia por esa última opción. Esta es la premisa en que se basa el texto que figura a continuación.

La ley que rige el crédito cedido determina la transferibilidad de éste, las relaciones entre el cesionario y el deudor²³, las condiciones en que puede hacerse valer la cesión frente al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

En efecto, el objetivo del artículo 30 (en su futuro enunciado, aún no determinado) es proteger al deudor cuya deuda se cede. Este objetivo debe guiar la redacción del texto, en caso de que se mantenga la disposición.

Con respecto al artículo 31²⁴, la elección de la ley del cedente que puede funcionar bien en el marco de las reglas materiales de la Convención supone un verdadero peligro si se considera la regla aisladamente. En efecto, el deudor podrá estar obligado a pagar dos veces: en virtud de las disposiciones de la ley del crédito cedido y en virtud de la ley del cedente. Ninguna garantía protege al deudor de un verdadero conflicto entre ambas leyes cuando la regla se aplica independientemente de las reglas materiales de la Convención.

Por otra parte, cabe señalar que en la versión actual del artículo 31 no figura ninguna disposición sobre el conflicto entre cesionarios subsiguientes.

El Grupo de Expertos observó que era difícil proponer una regla de conflictos de leyes que fuera "ideal" en ese aspecto. En efecto, la aplicación de la ley del crédito cedido, que parece ser la opción más lógica y apropiada, entraña una dificultad de envergadura cuando se ceden múltiples créditos sujetos a leyes distintas. Otra opción posible es la ley del contrato de cesión, que pone en tela de juicio el principio del efecto relativo de las convenciones, ya que subordina los derechos de los terceros al acuerdo de voluntad de las partes en el contrato de cesión. La tercera posibilidad es la ley del cedente, que, como ya se ha dicho, no protege suficientemente al deudor cuya deuda se cede.

Respecto de las reglas imperativas y del orden público se planteó la cuestión de su alcance exacto y de la necesidad de mantener la referencia a las cuestiones tratadas en el presente capítulo. Los expertos subrayaron que no convenía extender el ámbito de aplicación de esas disposiciones más allá de las cuestiones tratadas en el capítulo sobre los conflictos de leyes.

Por último, al término de los debates se ha evocado un problema de pura técnica convencional. En efecto, si la Convención contiene la cláusula de adhesión ("*opt-in*"), como parece que será, deberá preverse que cuando un Estado haya tomado esa opción, las disposiciones materiales de la Convención tengan prioridad sobre las disposiciones generales de conflictos si se cumple el criterio de aplicación de las disposiciones materiales.

²³ Se ha señalado que la expresión "relaciones entre el cesionario y el deudor" es demasiado vaga y que sería preferible detallar las cuestiones que pueden plantearse entre esas dos partes. Así, en el actual artículo 30 se hace la siguiente enumeración: el derecho del cesionario a reclamar el pago; la obligación del deudor de efectuar el pago; las excepciones que puede oponer el deudor. Si bien *a priori* la lista puede considerarse exhaustiva, no parece de buen proceder legislativo formular una regla y limitarla con una enumeración explícita que, a la larga, puede resultar insuficiente.

²⁴ Este texto prevé reglas de conflictos de leyes para los conflictos de prelación, es decir, la validez de la cesión frente a terceros. Este texto es innovador, ya que el Convenio de Roma no prevé nada al respecto y la jurisprudencia de los Estados contratantes de este Convenio difiere en cuanto a la ley aplicable en este caso. Sobre este tema cabe señalar una decisión del Tribunal de Casación de los Países Bajos (*Hoge Raad*) del 16 de mayo de 1997 (caso *Brandsma c. Hansa Chemie Aktiengesellschaft*) con arreglo a la cual la ley del contrato de cesión designada por el artículo 12, párrafo 1, del Convenio de Roma es aplicable también a los efectos de la cesión frente a terceros.