



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/412
16 de marzo de 1995

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
28º período de sesiones
Viena, 2 a 26 de mayo de 1995

La cesión en el financiamiento mediante efectos a cobrar

Examen de un anteproyecto de régimen uniforme

Informe del Secretario General

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	1-6	2
I. ALCANCE DE LA LABOR	7-30	4
A. Observaciones generales	7-13	4
B. Diversos tipos de cesión y otras práctica similares	14-21	5
C. Formas comerciales del financiamiento mediante efectos a cobrar	22-30	6
1. Facturaje	22-24	6
2. Facturaje a tanto alzado	25	7
3. Refinanciamiento y negociabilización	26-28	7
4. Financiación del propio proyecto	29	7
II. CUESTIONES POSIBLES	31-82	8
A. Cesión global	31-33	8
B. Futuros efectos a cobrar	34	9
C. Cláusulas de intransferibilidad	36-38	9
D. Transferencia de derechos de garantía	39-40	10
E. Forma de la cesión	41-44	10
F. Relación entre el cedente y el cesionario	45-53	10

INDICE (Cont.)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
G. Validez de la cesión frente al deudor	54-72	13
1. Obligación de pago del deudor	54-60	13
2. Excepciones del deudor y compensación	61-63	14
3. Renuncia a las excepciones	64-66	15
4. Reintegro de los anticipos	67-69	15
5. Ley aplicable a la relación entre el cesionario y el deudor	70-72	16
H. Validez de la cesión frente a terceros	73-80	17
I. Cesiones ulteriores	81-82	19
CONCLUSIÓN	83-85	20

INTRODUCCIÓN

1. En su 13º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de julio de 1980), la Comisión consideró un informe presentado por la Secretaría sobre derechos reales de garantía constituidos sobre diversos tipos de activos, y en particular sobre efectos a cobrar¹. En ese período de sesiones, se llegó a la conclusión de que no sería posible unificar a escala mundial el régimen jurídico de las garantías reales, por tratarse de un tema demasiado complejo. Se observó que tal vez fuera aconsejable que la Comisión esperara a ver el resultado de la labor del Consejo de Europa sobre retención del dominio y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre el facturaje, antes de que la Comisión emprendiera cualquier labor adicional al respecto². Con posterioridad, en el Congreso sobre Derecho Mercantil Internacional organizado por la Comisión con ocasión de su 25º período de sesiones en mayo de 1992, en la ciudad de Nueva York, se sugirió que la Comisión empezara a trabajar sobre la cesión de créditos, por tratarse de una cuestión no incluida en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980; la "Convención sobre la Compraventa").

2. De resultas de esa sugerencia, en su 26º período de sesiones (Viena, 5 a 23 de julio de 1993), la Comisión examinó una nota de la Secretaría sobre determinados problemas jurídicos en la esfera de la cesión de créditos y sobre la labor anterior y en curso sobre la cesión y otros temas conexos³. La Comisión pidió entonces a la Secretaría que preparara un estudio sobre la viabilidad de llevar a cabo alguna tarea de unificación en el campo de la cesión de créditos⁴. En respuesta a esa solicitud, la Secretaría presentó a la Comisión en su 27º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994) un informe sobre

¹ A/CN.9/186, reproducido en el Anuario del CNUDMI, y vol. XI:1980, segunda parte, III, D; para la lista completa de los informes de la Comisión sobre su labor en este tema, véase la nota 2 en el documento A/CN.9/378/Add.3.

² Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor del 13º período de sesiones (1980), Documentos oficiales de la Asamblea General, 35º período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17), párrs. 26-28 (Anuario de la CNUDMI, y vol. XI:1980, primera parte, II, A).

³ A/CN.9/378/Add.3.

⁴ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 26º período de sesiones (1993), Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párr. 301.

los aspectos jurídicos del financiamiento mediante efectos a cobrar⁵. Este informe versa sobre la cesión de créditos como medio de financiamiento (es decir, para obtener capital financiero o créditos) y sugiere que cabría resolver algunos problemas suscitados por la cesión mediante la introducción de un régimen uniforme. En ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un nuevo estudio en el que se examinaran más en detalle las cuestiones seleccionadas y se presentara un anteproyecto de régimen uniforme⁶.

3. Se ha preparado el presente informe en respuesta a esa petición. La primera parte examina el posible alcance de la nueva tarea; la segunda parte examina algunas cuestiones relacionadas con la cesión y sugiere posibles soluciones a problemas que se plantean en el marco del financiamiento mediante efectos a cobrar. A lo largo del informe se intercalan anteproyectos de artículo sobre algunas de las cuestiones ("el proyecto de régimen uniforme").

4. Con ese nuevo régimen se trataría de facilitar el empleo, en la práctica comercial, de diversos efectos a cobrar como medio para obtener financiamiento. En el momento actual, dada las divergencias de un ordenamiento jurídico a otro, es posible que una cesión transfronteriza (en la que el cedente, el cesionario y el deudor no estén en un mismo país) no surta efecto frente al deudor o pueda ser denunciada por los acreedores del cedente en otro país. Este suele ser el caso respecto del reconocimiento de la validez de las cesiones globales de futuros efectos a cobrar, que es la forma más usual del financiamiento mediante efectos a cobrar. Esas dificultades serían particularmente probables de declararse insolvente el cedente o de invocarse derechos discordantes sobre los efectos a cobrar. A ello se debe que la utilización de efectos a cobrar comerciales para la obtención de recursos financieros muy necesarios se vea dificultada o pueda ser muy costosa.

5. De seguirse el criterio del presente informe, se aprovecharía en lo posible para el nuevo régimen uniforme las reglas enunciadas en algunos instrumentos internacionales ya existentes, como la Convención sobre la Compraventa y el Convenio del UNIDROIT sobre el Facturaje Internacional (Ottawa, 1988; "el Convenio sobre el Facturaje", que entrará en vigor el 1º de mayo de 1995 para Francia, Italia y Nigeria). Con miras a favorecer la armonización del derecho, cabe prever que se tendrán también en cuenta las soluciones recogidas en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980; "el Convenio de Roma").

6. En el marco de su cooperación con otras organizaciones internacionales y nacionales interesadas, la Secretaría presentó un anteproyecto del presente informe al UNIDROIT, a la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y al Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y, en los Estados Unidos, a la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, para que le presentaran sus observaciones.

⁵ A/CN.9/397.

⁶ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 27º período de sesiones (1994), Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párr. 210.

I. ALCANCE DE LA LABOR

A. Observaciones generales

7. Se supone en el presente informe que la labor de la Comisión girará en torno de la cesión para los fines del financiamiento mediante efectos a cobrar, es decir para el financiamiento efectuado con miras a obtener fondos o crédito sobre la base de efectos a cobrar. Como se describe más adelante, en la sección I.C., el financiamiento mediante efectos a cobrar adopta diversas formas comerciales entre las que cabe citar el facturaje, el facturaje a tanto alzado, el refinanciamiento, la negociabilización, y el financiamiento del propio proyecto. En todas estas formas, la "cesión" supone la transferencia por el acreedor inicial (cedente) a un nuevo acreedor (cesionario) de los efectos a cobrar dimanantes de un contrato ("el contrato inicial"; por ejemplo, un contrato de venta) entre el cedente y un tercero (deudor); esa transferencia puede hacerse por venta, a título de garantía, o por algún otro concepto.

8. En el financiamiento mediante efectos a cobrar, la cesión se efectúa a tenor de un contrato entre el cedente y el cesionario para la transferencia de efectos a cobrar del uno al otro, que da lugar al financiamiento del cedente por el cesionario. Un rasgo importante de esa cesión es el establecimiento de una "relación triangular" entre el cedente, el cesionario y el deudor, dado que pese a transferirse el derecho a reclamar el pago, el cedente quedará obligado a cumplir el contrato inicial. La cesión puede surtir efecto frente a otros terceros, y en particular frente a los acreedores del cedente y frente al síndico de la quiebra o administrador judicial del cedente.

9. En una operación de financiamiento mediante efectos a cobrar, la cesión puede estructurarse, según el caso, en forma de una cláusula incorporada a un contrato de financiamiento (como sucede en el caso del facturaje) o como un contrato aparte en una red de contratos (por ejemplo, la cesión de futuros ingresos en una operación de financiamiento del propio proyecto).

10. Si bien se supone que la Comisión centrará su labor en el régimen de la cesión para una operación de financiamiento mediante efectos a cobrar, tal vez no sea suficiente definir su ámbito de aplicación limitándolo a los efectos a cobrar que dimanen de operaciones que no sean para fines personales, ni familiares, ni domésticos (art. 2a) de la Convención sobre la Compraventa; art. 1.2a) del Convenio sobre el Facturaje). En el presente contexto sería preferible fijarse en la finalidad comercial de la propia cesión, ya que, en una operación de financiamiento mediante efectos a cobrar, la mayoría de las cesiones se hacen para fines comerciales, aun cuando los efectos a cobrar cedidos dimanen de operaciones efectuadas con consumidores. Con ello se daría, por ejemplo, entrada en el nuevo régimen al refinanciamiento o la negociabilización de las sumas a cobrar a los consumidores por su pagos efectuados con tarjetas de crédito, así como al cobro de los plazos vencidos de los préstamos para la adquisición de equipo doméstico y de las hipotecas inmobiliarias. Cabría tratar lo relativo a la protección del consumidor paralelamente a lo relativo a la protección del deudor.

11. Si bien cabe suponer que la aplicabilidad del régimen uniforme dependerá de la internacionalidad de la operación, el grado de internacionalidad requerido puede depender de diversas cuestiones. Por ejemplo, la de saber si el cedente y el deudor han de tener sus establecimientos en Estados diferentes, o si los establecimientos a considerar son los del cedente y del cesionario, o si una cesión global sería objeto del nuevo régimen de tener un solo deudor su establecimiento en otro país o únicamente de ser este el caso de todos los deudores y cuál sería el efecto de que el deudor trasladara su establecimiento a un país diferente una vez efectuada la cesión.

12. Entre las consideraciones que podrán ser tenidas en cuenta a este respecto cabe citar: la de saber si bastaría que mediara una cesión transfronteriza para que el régimen aplicable al efecto fuera otro; la incompatibilidad eventual para la cesión de efectos a cobrar nacionales entre un cedente nacional y un cesionario extranjero, de formar ambos parte de un único consorcio de préstamos; y la conveniencia de

armonizar el nuevo régimen con el del Convenio sobre el Facturaje, que será aplicable a la cesión, tanto interna como internacional, de efectos a cobrar internacionales.

13. Respecto del ámbito de aplicación territorial, cabe cuestionar la conveniencia del requisito de que el cesionario tenga su establecimiento en un Estado que haya incorporado a su derecho interno el nuevo régimen, dado que la reclamación de pago habrá de ser normalmente presentada en el lugar donde el cedente o el deudor tengan su establecimiento.

B. Diversos tipos de cesión y otras prácticas similares

14. La cesión puede efectuarse por venta, a título de garantía, o en pago de una deuda preexistente. Además de los ordenamientos jurídicos que han regulado la cesión de efectos a cobrar comerciales en función de esas tres grandes categorías, en algunos ordenamientos jurídicos se utilizan equivalentes funcionales de la cesión para la transferencia de efectos a cobrar, como por ejemplo, la subrogación, la prenda o la novación (véanse párrs. 22 a 29). Cabría preparar un régimen uniforme que prevea todas esas formas eventuales de cesión de los efectos a cobrar, sin tener que definir en términos precisos cada una de ellas.

15. Algunos ordenamientos han impuesto ciertos requisitos especiales para la cesión a título de garantía, que no son necesariamente aplicables a la cesión por venta, como por ejemplo: la forma escrita y la notificación de la cesión al deudor, o la inscripción en un registro, como requisitos de la validez de la cesión entre el cedente y el cesionario, o frente al deudor y otros terceros; el cobro de los efectos por el cesionario en el evento únicamente de que el cedente incumpla el propio contrato de financiamiento mediante efectos a cobrar; la devolución al cedente del saldo sobrante una vez que el cesionario se haya cobrado lo que le era debido.

16. El tratamiento de estos dos tipos de cesión puede diferir en otros aspectos como sería el caso de que sea gravable el producto de la cesión por venta de los efectos, pero no el monto del crédito obtenido en la cesión a título de garantía, si bien en este último caso tal vez se haya de abonar algún derecho de timbre. Puede suceder además que los efectos vendidos sean sustraíbles del balance del cedente, lo que tal vez mejore la tasa de rendimiento del activo o la relación capital-activo disponible del cedente, y por consiguiente su solvencia.

17. La cesión efectuada en pago de una deuda preexistente se ha de hacer en forma de una cesión por venta o de una cesión a título de garantía, o se trata de una modalidad de pago (por ejemplo, de efectuarse la cesión en reembolso de un anticipo recibido por vía de préstamo o de un servicio de sobregiro cuando la contrapartida sea un anticipo y no un precio de compra, y la cesión tal vez se haga para reembolsar el anticipo y no a título de garantía de ese reembolso.

18. En algunos ordenamientos jurídicos, la prenda es la principal técnica jurídica para la transferencia de efectos a cobrar a título de garantía, por lo que la cesión ha de cumplir con los requisitos de la prenda para que su validez sea reconocida (por ejemplo, en forma escrita, entrega de los efectos a cobrar e inscripción en un registro). El predatario de efectos a cobrar suele adquirir únicamente el derecho a ser pagado con cargo al cobro de los efectos con preferencia a los demás acreedores del predatario de incumplir éste su obligación de pago contraída en virtud del contrato de financiamiento mediante efectos a cobrar concluido con el predatario.

19. Otro equivalente funcional de la cesión es la subrogación, la cual, al igual que la cesión, supone una relación triangular entre el acreedor (subrogante), un tercero (subrogatario) que paga por la subrogación y se subroga en el lugar del acreedor, y el deudor. Normalmente, la subrogación ha de ser expresa y se perfecciona al ser entregados ciertos fondos financieros a cambio de los efectos a cobrar. En algunos países,

el facturaje se efectúa por medio de una subrogación, a fin de evitar los requisitos formales impuestos a la cesión (documento notarial y notificación al deudor o consentimiento del mismo).

20. La novación, con cambio del acreedor, es otra de las técnicas similares a la cesión utilizadas a este fin. Al igual que la cesión, requiere un acuerdo entre el nuevo acreedor y el acreedor inicial y es una técnica a la que se recurre en algunos países en los que la cesión requiere que el deudor dé su consentimiento o sea notificado notarialmente. Una importante diferencia respecto de la cesión es que la novación no resulta en la transferencia del antiguo efecto a cobrar sino en la creación de otro nuevo (de ello resulta que se extinguen los derechos de garantía constituidos en favor de los antiguos efectos a cobrar).

21. Pese a esas diferencias entre las diversas formas de transferir efectos a cobrar, en la práctica, las partes acostumbran a negociar entre ellas algunas variantes económicas que tal vez disminuyan el valor práctico de estas distinciones conceptuales. Por ejemplo, pese a que en la venta de efectos a cobrar, el cesionario adquiere por definición el derecho a quedarse con cualquier excedente que consiga sobre el precio pagado por los efectos a cobrar, no es raro estipular en el contrato de venta la devolución al cedente de ciertos excedentes. Esto pudiera ser indicio de que sería viable formular un texto jurídico que favorezca el reconocimiento transfronterizo de la cesión de efectos a cobrar para fines de financiamiento, así como diversos equivalentes funcionales de la cesión, pese a que pueda haber ciertas divergencias conceptuales y técnicas entre los diversos ordenamientos.

C. Formas comerciales del financiamiento mediante efectos a cobrar

I. Facturaje

22. En el facturaje ("factoring"), el cedente ("el proveedor") vende efectos a cobrar comerciales al cesionario ("la empresa de facturaje"), a cambio de ciertos anticipos, o de un crédito, y de ciertos servicios prestados al cedente por la empresa de facturaje tales como la teneduría de la contabilidad, el cobro de los efectos y la protección contra el impago de los deudores. En el "facturaje con vía de regreso" el cesionario tiene derecho a reclamar el pago del cedente si el deudor es insolvente o se niega a pagar.

23. Para evitar eventuales conflictos o duplicaciones con el Convenio sobre el Facturaje, la labor de la Comisión podría centrarse en aquellos contratos de facturaje que no estén previstos en ese Convenio: es decir, en los contratos de facturaje por los que únicamente se ofrezca financiamiento, o uno solo de los servicios anteriormente mencionados; el facturaje sin notificación; el facturaje de efectos a cobrar dimanantes no sólo de contratos de venta y de contratos de servicios, sino también de arriendos y de contratos por los que se facilite la disponibilidad de equipo o de instalaciones (y posiblemente el facturaje de otros tipos de efectos a cobrar). Además, respecto de los contratos de facturaje que sean objeto del Convenio sobre el Facturaje, el nuevo régimen pudiera abordar cuestiones no tratadas en ese Convenio (por ejemplo, conflictos de prioridad entre varios acreedores que invoquen algún derecho sobre los efectos a cobrar cedidos). Cabría así establecer, en conjunción con el Convenio sobre el Facturaje, un régimen internacional más completo de la cesión para fines de financiamiento mediante efectos a cobrar.

24. Aparte de ese Convenio, que de momento será aplicable en pocos países, la práctica del facturaje ha intentado resolver el problema del reconocimiento de la validez y de la oponibilidad frente a terceros de las cesiones transfronterizas mediante la técnica denominada de "la doble cesión" ("two-factor"). Esta técnica consiste en dos cesiones consecutivas, la primera entre el exportador y una empresa de facturaje de su propio país y la segunda entre esta primera empresa de facturaje y otra segunda empresa de facturaje en el país del deudor. Ahora bien, es posible que subsista el problema del reconocimiento de la validez y de la oponibilidad de las cesiones globales transfronterizas de futuros efectos a cobrar, de no reconocer el derecho interno del país del deudor su validez. La aplicación de la técnica de la "doble cesión" pudiera verse además dificultada y resultar lenta y costosa, de estar distribuidos los deudores entre diversos países.

2. Facturaje a tanto alzado

25. Al igual que el facturaje, el facturaje a tanto alzado ("forfaiting") supone el descuento (compra) de efectos a cobrar documentarios y no documentarios sin derecho a reclamar el pago, por vía de regreso, del vendedor de los efectos a cobrar. Tal vez no sea aconsejable incluir en el nuevo régimen los efectos a cobrar en forma de títulos negociables, tales como la letra de cambio o el pagaré, que sean entregados en pago de una deuda. La transferencia de estos títulos plantea otros problemas y se rige, en cierta medida, por otros instrumentos jurídicos internacionales (véase más en detalle A/CN.9/397, párr. 13).

3. Refinanciamiento y negociabilización

26. El "financiamiento secundario" o "refinanciamiento" supone, al igual que la "negociabilización", una operación entre el primer cesionario y un cesionario subsiguiente (cesión de un banco a otro), con la posibilidad de nuevas cesiones. Al igual que la cesión transfronteriza, el refinanciamiento de efectos a cobrar tropieza con el problema de su posible falta de validez o de oponibilidad frente a terceros. Cabe, no obstante, preguntarse sobre la conveniencia de excluir ciertas operaciones de refinanciamiento más complejas, en las que, por ejemplo, los componentes de un conjunto de efectos a cobrar son cedidos a diversos cesionarios, o en las que se cede el capital de un préstamo a una institución financiera y el interés de ese mismo préstamo a otra institución financiera.

27. Con arreglo a la técnica de la bursatilización, el prestamista agrupa activos comercializables (por ejemplo, efectos a cobrar comerciales) o no comercializables (por ejemplo, cobros de tarjetas de crédito de los consumidores, cobros del seguro médico, cobros de amortización de préstamos para equipo doméstico o de hipotecas inmobiliarias) en lotes de efectos a cobrar para ser transferidos a una empresa controlada por el propio prestamista, cuya única finalidad es la de emitir acciones, venderlas y utilizar el producto de esa venta para comprar más efectos a cobrar. Con ello se consigue retirar esos efectos a cobrar del balance del prestamista sustituyéndolos por dinero, con posibles ventajas fiscales y contables. Ello reporta también al prestamista un beneficio dimanante de la diferencia entre el interés pagado a los detentadores de las acciones y el que han de pagar los deudores de los efectos a cobrar cedidos.

28. En el plano internacional, se recurre a menudo a la bursatilización practicada en forma de ventas de participaciones en préstamos sindicados, si bien pueden plantearse problemas como resultado de la diversidad de regímenes aplicables en lo relativo a la cesión por vía de venta. Otra dificultad eventual de la bursatilización transfronteriza podría ser la invalidación de la cesión global de todos los efectos a cobrar presentes y futuros, ya que la cesión global constituye la base de la negociabilización.

4. Financiación del propio proyecto

29. En la financiación del propio proyecto se financia a un empresario por medio de un préstamo cuyo reembolso se efectúa o se garantiza por medio de los futuros ingresos del proyecto. Entre los elementos de una estructura contractual típica del financiamiento de proyectos figuran los contratos entre la empresa constructora o explotadora del proyecto y los compradores eventuales de los productos resultantes del proyecto, así como la cesión del producto de esas ventas a los prestamistas que financian la construcción. Los rasgos característicos de esta cesión son la de tratarse de una cesión global de efectos a cobrar futuros efectuada normalmente a título de garantía, que está fundada en la presunta posibilidad de reembolsar el préstamo mediante los ingresos generados por el propio proyecto.

30. "Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación

1) Las presentes reglas serán aplicables a la cesión para fines [comerciales] [financieros] de efectos a cobrar entre un cedente y uno o más deudores cuyos establecimientos estén situados en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados [sean Estados Contratantes] [hayan aprobado las presentes reglas]; o
- b) cuando las reglas de derecho internacional privado designen como ley aplicable [la de un Estado Contratante] [la de este Estado].

2) Para los fines de la presente [Convención] [ley]:

a) de tener algunas de las partes más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con [el contrato que dio lugar a los efectos a cobrar] [la cesión] y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes, en cualquier momento antes de la [conclusión del contrato] [cesión] o al concluirse éste [ésta];

b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

"Proyecto de artículo 2. Definiciones

1) Por "efecto a cobrar" se entenderá todo derecho de un acreedor a cobrar o reclamar el pago de una suma monetaria, a no ser que ese derecho esté en forma de letra de cambio o de pagaré.

2) Por "cesión de efectos a cobrar" se entenderá la transferencia, por venta, a título de garantía del cumplimiento de una obligación, o por algún otro concepto, entre una de las partes ("cedente") y la otra ("cesionario"), que proporciona recursos financieros al cedente, de efectos a cobrar dimanantes de un contrato ("el contrato inicial") concluido entre el cedente y un tercero ("el deudor").

3) Por "contrato de financiamiento" se entenderá el contrato por el que el cesionario facilita recursos financieros al cedente."

II. CUESTIONES POSIBLES

A. Cesión global

31. Un objetivo importante del régimen uniforme sería suprimir las incertidumbres que pueda haber en diversos ordenamientos jurídicos respecto de la validez de la cesión de más de un efecto a cobrar, es decir, de aquellas cesiones en las que no se describa por separado cada efecto a cobrar, designadas en ocasiones por el término de "cesión global".

32. Cabría lograr esta meta, de manera equilibrada, sin arriesgarse a restringir indebidamente la actividad económica futura del cedente, de ser transferibles en bloque los efectos a cobrar, con tal de que los efectos transferidos, ya existentes o aún por materializar, dimanen de determinados contratos designados al efecto (identificación de los efectos a cobrar; proyecto de artículo 3 1) y 2)). Sin embargo, el requisito de que se describa por separado cada efecto en función de su cuantía exacta y de la identidad del deudor haría inviable la cesión global de futuros efectos a cobrar.

33. Cabe preguntarse también si los efectos a cobrar "se materializan" a su vencimiento o al ser concluido el contrato del que en su día nacerán o dimanarán; si la presencia en un conjunto o bloque de efectos a cobrar de algún efecto no asignable a alguno de los contratos designados para la cesión, invalidaría al resto de los efectos incluidos en ese bloque; y cómo se ha de establecer la validez de esas cesiones frente al deudor y otros terceros sin perjudicarles en sus derechos. Respecto del deudor, esto se conseguiría haciendo depender la obligación del deudor de pagar al cesionario de que la cesión le sea notificada por escrito, y respecto de los intereses eventuales de terceros, mediante algún requisito de publicidad adecuado.

B. Futuros efectos a cobrar

34. En algunos ordenamientos sigue siendo incierta la validez de la cesión de efectos a cobrar futuros (es decir, de los efectos aún no nacidos de contratos ya existentes al efectuarse la cesión y de los que tal vez nazcan de contratos no existentes al efectuarse la cesión). Entre las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la validez de la cesión de futuros efectos a cobrar cabe citar, por ejemplo, si se ha de efectuar un nuevo acto de transferencia al materializarse los efectos a cobrar; si se ha de conceptuar expresamente la cesión de efectos a cobrar condicionales como cesión de futuros efectos a cobrar; y si el cesionario iría adquiriendo automáticamente los futuros efectos a cobrar a medida que esos efectos fueran materializándose, ya que, de adoptarse esta solución cabría cuestionar si esos efectos han entrado a formar parte en algún momento del patrimonio de un cedente insolvente.

35. "Proyecto de artículo 3. Cesión de efectos a cobrar

1) La cesión de uno o más efectos a cobrar será válida si, en el momento de ser cedidos o al materializarse su existencia, los efectos a cobrar pueden ser identificados como efectos a cobrar objeto de la cesión.

2) La cesión de efectos a cobrar futuros [o condicionales] servirá para transferir esos efectos directamente al cesionario al materializarse su existencia [o al cumplirse la condición] sin necesidad de una nueva cesión.

C. Cláusulas de intransferibilidad

36. Los contratos llevan a menudo cláusulas por las que se prohíbe o restringe la cesión, con la finalidad, en particular, de proteger al deudor de toda incertidumbre sobre a quién ha de pagar. Ahora bien, se conseguiría esa misma meta estipulando que sólo habrá de pagar el deudor al cesionario, de serle debidamente notificada la cesión (proyecto de artículo 9).

37. Una cuestión conexa es la de saber si se puede permitir que el deudor haga valer un derecho de compensación frente al cesionario, fundado en alguna indemnización que le sea debida por el cedente por incumplimiento de una cláusula de intransferibilidad (proyecto de artículo 10 2)). Esa regla replantearía presumiblemente el problema de las cláusulas de intransferibilidad. Además, el cedente habría de responder ante el cesionario de la quiebra de la garantía, en la medida en que se privara de valor a los efectos a cobrar cedidos (véase párr. 46). Otra cuestión es la de saber si habrá de hacerse una distinción respecto de las cuentas corrientes, cuando los cobros individuales no sean tenidos por independientes a tenor de la ley aplicable, de modo que únicamente el saldo de la cuenta haya sido objeto de cesión.

38. "Proyecto de artículo 4. Cláusula de intransferibilidad

1) A reserva de lo dispuesto en el artículo 9, la cesión de efectos a cobrar surtirá efecto pese a todo acuerdo entre el cedente y el deudor por el que se prohíba o restrinja esa cesión.

2) A reserva de lo dispuesto en el artículo 10 2), lo dispuesto en el párrafo 1), del presente artículo dejará intacta la obligación o responsabilidad eventual del cedente frente al deudor por toda cesión efectuada en violación del contrato inicial."

D. Transferencia de derechos de garantía

39. Cabe preguntarse si conviene disponer en el régimen uniforme que la cesión transferirá automáticamente los derechos que garanticen al cedente el pago de un efecto a cobrar, en función únicamente de cuál sea la índole de la garantía considerada. En algunos ordenamientos, los "derechos accesorios", es decir, aquellos que no pueden existir o ser transferidos con independencia del efecto a cobrar, cuyo cobro afianzan, son tenidos por automáticamente transferidos; las garantías no accesorias, es decir, los derechos que existan o puedan ser transferidos independientemente, habrán de ser transferidos por un acto separado. Cabe observar que el Convenio sobre el Facturaje ha resuelto esta cuestión reconociendo la autonomía contractual de las partes en lo relativo a la transferencia de los derechos conexos.

40. Cabe observar que la cuestión de si debe regularse la transferencia de los derechos conexos en el régimen uniforme, o dejarse al derecho local aplicable, puede ser más espinosa respecto de los derechos reales (por ejemplo, una hipoteca no accesoria que haya de ser inscrita en un registro). Otra cuestión que puede plantearse es la de la relación entre una disposición por la que se reconozca la autonomía contractual de las partes y una norma por la que se reconozca la transferencia de derechos conexos por ministerio de la ley.

E. Forma de la cesión

41. Al considerar si conviene que el régimen uniforme imponga algún requisito de forma para la validez de la cesión, cabe observar que, en la práctica, las cesiones se efectúan por acuerdo escrito o verbal, que puede ir acompañado de algún acto adicional, como sería la notificación al deudor o su consentimiento, y la inscripción en un registro.

42. Si bien la forma escrita es conveniente por la certidumbre que ofrece y su valor probatorio, y como advertencia a las partes, especialmente en el caso de una cesión global de futuros efectos a cobrar, la imposición de un requisito de forma dificultaría innecesariamente la cesión y la haría más costosa. Además sería más sencillo proteger al deudor mediante un requisito de notificación que le reconozca el derecho a denegar el pago al cesionario de no mediar esa notificación.

43. De igual modo, el requerir el consentimiento del deudor para la validez de una cesión dificultaría la obtención de un crédito mediante efectos a cobrar sin mejorar sensiblemente la protección de que debe gozar el deudor. Por su parte, la inscripción en un registro, si bien puede servir para avisar a terceros de la cesión, obstaculizaría, de ser requerida para la validez de la cesión, la práctica comercial de la cesión "sin notificación", es decir, de la cesión que no se notifica ni al deudor ni a ningún otro tercero.

44. "Proyecto de artículo 5. Forma

No será preciso para la cesión que el acuerdo sea consignado o testimoniado por escrito ni que satisfaga ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, así como por testigos."

F. Relación entre el cedente y el cesionario

45. Cabría abordar algunas cuestiones contractuales de posible interés para la transferencia de efectos a cobrar (tales como el incumplimiento del contrato de financiamiento mediante efectos a cobrar o de la garantía otorgada por el cedente en el contrato de cesión).

46. Suele presumirse que el cedente garantiza la existencia de los efectos a cobrar, su condición de acreedor legítimo y la ausencia de todo "vicio jurídico oculto" que pueda debilitar su derecho sobre esos efectos a cobrar, por ejemplo, alguna excepción oponible por el deudor o el derecho de un tercero que pueda privar a los efectos de su valor (proyecto de artículo 6).

47. Cabría considerar la conveniencia de regular en el régimen uniforme las consecuencias de una quiebra de garantía, dilucidando en particular el posible efecto rescisorio de esa quiebra, si esa rescisión dependiera de la noción de "quiebra fundamental" y si, en caso de rescisión, todo efecto a cobrar subsistente que haya sido objeto de la cesión sería tenido por retransferido, sin necesidad de ningún acto de "retransferencia". Esta última cuestión pudiera ser de particular importancia de incurrir el cesionario en insolvencia, al poderle ello inhabilitar para retransferir los efectos a cobrar.

48. Otra cuestión, que puede tener consecuencias en el supuesto de insolvencia del cesionario, sería la determinación del momento en que se estimaría, en el marco de una cesión de futuros efectos a cobrar, que esos efectos entraron en posesión del cesionario, así como el momento de entrada en vigor de toda garantía conexas.

49. De incumplir el cedente el contrato de financiamiento mediante efectos a cobrar (por ejemplo, por impago del préstamo otorgado por el cesionario), el cesionario deseará normalmente proceder al cobro de los efectos cedidos (proyecto de artículo 7 2)). La índole exacta de las opciones que pueda tener el cesionario dependerá de la propia índole de la cesión. De tratarse de una cesión a título de garantía, el cesionario deberá devolver normalmente al cedente todo excedente eventualmente cobrado, o pedir que le sea compensado cualquier déficit del cobro. De haberse vendido los efectos, el cesionario podrá normalmente cobrarlos a su vencimiento, quedándose con cualquier excedente, pero asumiendo al mismo tiempo el riesgo de que se le pague menos de lo que él inicialmente pagó (proyecto de artículo 7 3) y 4)).

50. Cualquier otro asunto que pueda plantearse entre el cedente y el cesionario de resultados del contrato de cesión de los efectos a cobrar podría dejarse al arbitrio de la ley aplicable, para cuya determinación cabría enunciar alguna regla. Cabría disponer, por ejemplo, que, de no haber sido seleccionada por las partes, el contrato de cesión se regirá por la ley del establecimiento del cedente. Una regla fundada en ese criterio tendría la ventaja de su sencillez y pronosticabilidad.

51. Cabría también adoptar la regla de la "relación más próxima", al igual que la Convención de Roma. De por sí más flexible, esta regla podría llevar a la aplicación de la ley del lugar del establecimiento del cedente (por ejemplo, en una cesión por venta) o del lugar del establecimiento del cesionario (por ejemplo, en el facturaje con derecho eventual de reclamación frente al cedente en el que la empresa de facturaje tal vez se encargue del cobro y de llevar la contabilidad). Ahora bien, esta regla sería de efecto menos pronosticable (proyecto de artículo 8 1)).

52. De particular importancia, en casos de insolvencia del cedente o del cesionario, es la determinación de cuál de los dos es el acreedor legítimo. Tal vez no convenga someter esta cuestión, que depende de la transferencia en sí más que del contrato subyacente, a la ley seleccionada por el cedente y el cesionario, ya que esa selección podría tener efectos importantes para el deudor y otros terceros. Mejor sería, en aras de la sencillez y practicabilidad, que fuera aplicable la ley del país en donde el cedente tenga su establecimiento. De optarse en alguna regla por la ley aplicable al efecto a cobrar, esa ley podría llevar, en cambio, a la aplicación de la ley aplicable al contrato inicial, que pudiera ser la ley seleccionada por el cedente y el deudor. Además, de no existir aún el contrato inicial en el momento de concertarse el contrato de cesión, lo que sucede a menudo, el cesionario no podrá saber cuál será la ley por la que se determinará el momento en el que pasan a ser suyos los efectos a cobrar (proyecto de artículo 8 2) ; véase también artículo 12.2 del Convenio de Roma).

53. "Proyecto de artículo 6. Garantías

- 1) Salvo acuerdo en contrario del cedente y del cesionario [en el contrato de cesión], el cedente garantiza al cesionario la existencia de los efectos a cobrar.
- 2) Para los fines del párrafo 1) del presente artículo, se tendrán los efectos a cobrar por existentes si el cedente es el acreedor, está facultado para transferirlos y no tiene conocimiento, al efectuar la cesión, de hecho alguno que pueda privarlos de su valor.
- 3) Salvo acuerdo expreso en contrario entre el cedente y el cesionario [en el contrato de cesión], el cedente no garantiza al cesionario que el deudor efectuará el pago."

"Proyecto de artículo 7. Incumplimiento del contrato de financiamiento por el cedente

- 1) Cuando así se haya convenido, y en todo caso de no cumplir el cedente con su obligación de pago a tenor del contrato de financiamiento, el cesionario podrá, conforme al artículo 9, dar aviso al deudor de su obligación de pagarle a él.
- 2) En una cesión por venta, salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cesionario podrá quedarse con el excedente cobrado y el cedente no responderá de ningún lucro cesante.
- 3) En una cesión a título de garantía, salvo acuerdo en contrario del cedente y el cesionario, el cesionario deberá rendir cuentas y devolver al cedente todo excedente cobrado, y el cedente responderá de todo lucro cesante."

"Proyecto de artículo 8. Ley aplicable a la relación entre el cedente y el cesionario

- 1) [A excepción de las cuestiones que estén expresamente resueltas en las presentes reglas,] los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario [incluida la determinación del momento en el que el cesionario pasa a ser el acreedor legítimo de los efectos a cobrar,] se regirán por la ley aplicable a tenor de lo que:
 - a) Se haya estipulado en la cesión; o
 - b) Se haya convenido en algún otro lugar entre el cedente y el cesionario.
- 2) a) De no seleccionar las partes la ley aplicable, los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario [, así como la determinación del momento en que el cesionario pasa a ser el acreedor legítimo de los efectos a cobrar], salvo en lo que haya sido expresamente resuelto en las presentes reglas, se regirán por la ley del Estado en donde el cedente tenga su establecimiento.
 - b) Para los fines del inciso a), de tener el cedente más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la cesión, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por el cedente y el cesionario en cualquier momento antes de concertarse la cesión o al ser ésta concertada.

G. Validez de la cesión frente al deudor

1. Obligación de pago del deudor

54. Respecto de la obligación que incumbe al deudor de pagar al cesionario, la cuestión principal es la de determinar los requisitos que habrán de cumplirse para que el pago cesionario libere al deudor de su obligación de pago. De imponerse como requisito que la cesión le haya sido notificada, el deudor que pague al cesionario antes de serle notificada la cesión no quedaría liberado de su obligación. Cualquier otro enfoque podría imponer al deudor la ardua tarea de tener que averiguar si ha habido alguna otra cesión antes de proceder al pago.

55. En el supuesto de que se opte por el requisito de la notificación, se habrá de resolver una serie de cuestiones. Para dar mayor certidumbre a la operación, sería preferible que la notificación no pueda estar condicionada, ya que de lo contrario el cesionario correría con el riesgo de efectuar el pago no siendo aún efectiva la notificación. Contribuiría mucho a la protección del deudor el que la notificación se haya de hacer por escrito, entendido este requisito de un escrito con cierta laxitud (véase el anexo al documento A/CN.9/406, proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos, artículos 2 a) y 5). Para reforzar aún más esta protección, cabría exigir que la notificación sea emitida por el cedente, o con su autorización, de ser emitida por el propio cesionario. De ese modo se acomodarían diversas prácticas, por ejemplo la de que el cesionario reciba, en el momento de efectuarse la cesión, notificaciones en blanco firmadas por el cedente (y para ser expedidas al deudor según vaya siendo necesario), o la de que el cedente otorgue al cesionario un poder de representación irrevocable para dar aviso por sí mismo de esas cesiones.

56. Entre las cuestiones a determinar respecto de la notificación cabe citar: la de si el deudor deberá ignorar toda notificación emitida con posterioridad a la fecha de insolvencia del cedente o del cesionario, especialmente de entablarse algún procedimiento judicial al respecto en el país del deudor; la de la eficacia de una notificación respecto de futuros efectos a cobrar debidamente identificados, por ser absolutamente necesaria para el reconocimiento de la validez de toda cesión de futuros efectos a cobrar; la de si el deudor, de abrigar dudas sobre algún aspecto de la cesión, podrá solicitar datos adicionales a los enunciados en la notificación; la de si cabe satisfacer el requisito de que la notificación se haga por escrito, presentando al deudor el documento de la cesión, de haberse efectuado ésta por escrito; y la de saber a quién habrá de pagar el deudor, de recibir más de una notificación (por ejemplo, de más de un cesionario, o del cesionario y de varios acreedores que hayan presentado querrela judicial contra el cedente, o del cesionario y del administrador judicial del cedente, de declararse éste insolvente).

57. Para resolver la cuestión de la presentación de dos o más notificaciones, cabría facultar al deudor a pagar a la primera persona que le haya notificado, sin que con ello se pretenda, no obstante, impedir la notificación ulterior de toda "nueva cesión" por el último cesionario anterior en una cadena de cesiones. El supeditar esta regla del "primero en notificar" a que el deudor no tenga conocimiento de la existencia de un "derecho preferente de pago" en favor de otra persona, como se hace en el artículo 8.1 del Convenio sobre el Facturaje, sería objetable por la carga indebida que con ello se impone al deudor, privando tal vez de su utilidad práctica a la cesión de efectos a cobrar, al restar claridad y sencillez a la operación.

58. Respecto de la regla del "primero en notificar", tal vez se haya de considerar también la cuestión de que en algunos ordenamientos el administrador judicial no ha de notificar al deudor, ya que se presume que éste tendrá conocimiento de la cesión por ministerio de la ley a la entidad insolvente desde la fecha de declaración de la insolvencia. Deberá también determinarse si debe limitarse el alcance de la regla del conocimiento presuntivo a los administradores judiciales del país del deudor en cuyo país se aplique esa regla del "presunto conocimiento".

59. Cabría considerar también la cuestión de la relación entre el régimen uniforme y la posible liberación del deudor que pague al cesionario a raíz de una notificación que satisfaga los requisitos del derecho interno, pero no necesariamente los requisitos del futuro régimen uniforme. Cabe aducir que autorizar esa liberación protegería como conviene al deudor, sin perjudicar necesariamente los intereses del cesionario o del cedente, ya que el cesionario habrá transferido sus efectos a cobrar y recibido la contrapartida debida y el cesionario habrá sido pagado.

60. "Proyecto de artículo 9. Obligación de pago del deudor

1) Hasta no haberle sido notificada por escrito alguna cesión de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo, el deudor estará facultado a pagar al cedente, quedando con ello liberado de su obligación.

2) El deudor estará obligado a pagar al cesionario de no haberle sido notificada por escrito alguna cesión anterior, alguna orden de embargo de los efectos a cobrar cedidos [o la insolvencia del cedente]:

a) si recibe una notificación escrita [no condicionada] de la cesión dada por el cedente o por el cesionario actuando con la autorización del cedente;

b) si en esa notificación se identifica razonablemente los efectos a cobrar cedidos al cesionario, al que o por cuenta del cual se le pide al deudor que efectúe el pago.

3) De serle pedido por el deudor, el cesionario deberá probar en un plazo razonable que la cesión ha sido efectuada, y de no hacerlo así, el deudor podrá pagar al cedente, quedando con ello liberado de su obligación.

4) Por "notificación escrita" se entenderá toda notificación que sea presentada en alguna forma que haga accesible la información en ella consignada para fines de su ulterior consulta, por lo que se podrán utilizar, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Se haya o no efectuado la cesión por escrito, una breve relación por escrito de la cesión, que satisfaga el párrafo 2) del presente artículo, constituirá notificación escrita conforme al párrafo 4) del presente artículo.

6) El pago por el deudor al cesionario liberará al cesionario de su obligación, de efectuarse de conformidad con el presente artículo o con alguna otra norma de derecho aplicable.

2. Excepciones del deudor y compensación

61. Una cuestión esencial a considerar es la medida en que el régimen uniforme permitirá al deudor que invoque ciertas excepciones y haga valer algún derecho de compensación al efectuar el pago al cesionario. Se acostumbra a admitir que el deudor puede invocar contra el cesionario las excepciones oponibles frente al cedente fundadas en el contrato del que dimane el efecto a cobrar cedido, con independencia de si las excepciones nacieron antes o después de la cesión o de su notificación.

62. Muchos ordenamientos permiten además que se compense frente al cesionario ciertos derechos de cobro dimanantes de otros contratos entre el deudor y el cesionario, con tal de que esos derechos de cobro sean ejercibles por el deudor en el momento en que la cesión le sea debidamente notificada. Por derechos

"ejercibles" por el deudor cabe entender aquellos cuyo pago sea exigible o sencillamente los derechos ya existentes⁷.

63. "Proyecto de artículo 10. Excepciones del deudor

1) De serle reclamado al deudor el pago de un efecto a cobrar cedido por el cesionario, el deudor podrá invocar frente al cesionario cualquier excepción fundada en el contrato inicial que el deudor pudiera haber hecho valer de serle presentada esa reclamación por el cedente.

2) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1), las excepciones oponibles por el deudor frente al cedente por incumplimiento de una cláusula de intransferibilidad no serán oponibles por el deudor frente al cesionario.

3) El deudor podrá hacer valer contra el cesionario cualquier derecho de compensación fundado en algún cobro exigible al cedente en cuyo favor se haya creado el efecto a cobrar y que sea reclamable por el deudor en el momento de serle notificada la cesión conforme al artículo 9."

3. Renuncia a las excepciones

64. La oponibilidad de excepciones por el deudor aumenta la incertidumbre de que el cesionario pueda cobrar del deudor y obstaculiza por ello el financiamiento mediante efectos a cobrar. Para resolver esta incertidumbre, se incluye a veces en la práctica una renuncia a alguna de las excepciones del deudor en el contrato inicial de éste con el cedente, o el cesionario negocia esa renuncia al efectuar la notificación o la reclamación del pago. Esas renunciaciones a cierto tipo de excepciones suelen ser válidas, siendo presumible en algunos ordenamientos esa renuncia por parte del deudor, de no objetar éste la cesión notificada o de darle su consentimiento.

65. Con miras a que no se abuse de esa renuncia, cabría considerar la posibilidad de limitar la validez de la renuncia a aquellas excepciones de las que el deudor tenía o debía haber tenido conocimiento al efectuar su renuncia. Cabría aducir contra ello que no hay por qué limitar la libertad contractual de este modo, y que el régimen uniforme debería sencillamente hacer remisión a los límites impuestos sobre esa renuncia en las reglas de índole imperativa de la norma legal aplicable.

66. "Proyecto de artículo 11. Renuncia a las excepciones

Será válida toda renuncia del deudor a las excepciones invocables por él frente al cesionario a tenor del artículo 10 [, respecto de aquellas excepciones cuya oponibilidad fuera o debiera haber sido conocida por el deudor al efectuar su renuncia]."

4. Reintegro de los anticipos

67. En la práctica no suele ser raro que el deudor pague al cesionario antes de que el cedente haya cumplido con sus obligaciones para con el deudor fundadas en el contrato inicial. Esta práctica puede suscitar cierta incertidumbre en algunos ordenamientos, especialmente en el supuesto de incumplimiento o de insolvencia con anterioridad al cumplimiento por parte del cedente, sobre si el deudor puede prevalerse de

⁷ En sus artículos 9 y 10, el Convenio sobre el Facturaje se limita a enunciar algunos principios básicos respecto de las excepciones oponibles por el deudor, y deja al derecho interno la determinación del sentido exacto de nociones como la de derecho "ejercible" por el deudor para fines de compensación y la de renuncia a las excepciones oponibles; véase UNIDROIT 1987, Study LVIII-Doc. 33, párrafo 44.

algún derecho de compensación o recuperar el anticipo ya efectuado al cesionario. El régimen uniforme reduciría el grado de incertidumbre disponiendo que el deudor no podrá recuperar ningún anticipo pagado al cesionario. Conforme a esa regla el deudor asumiría el riesgo de la insolvencia de su contraparte contractual (el cedente) y no recibiría el derecho adicional de repetir frente al cesionario.

68. De incluirse esa regla, cabe interrogarse sobre la conveniencia de hacer una salvedad a esa regla para el caso en que el cesionario no haya pagado ni prestado dinero al cedente en virtud del contrato de financiamiento. Ahora bien, esa salvedad podría poner en duda la independencia de la cesión, y crearía de hecho un derecho prioritario del deudor de incurrir el cesionario en quiebra. Hacer una salvedad para el supuesto de que el cesionario tenga conocimiento del incumplimiento del cedente plantearía también dificultades, como la de imponer al cesionario el deber de determinar si el cedente ha cumplido como es debido con sus obligaciones para con el deudor, además de la carga que supondría para el deudor el tener que probar que el cesionario estaba al corriente del incumplimiento.

69. "Proyecto de artículo 12. Reintegro de los anticipos

Sin perjuicio de los derechos del deudor en virtud del artículo 10, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o tardío del contrato inicial por el cedente no dará derecho de por sí al deudor a recuperar la suma por él pagada al cesionario, con tal de que el deudor pueda repetir por esa suma contra el cedente."

5. Ley aplicable a la relación entre el cesionario y el deudor

70. Para las cuestiones que puedan suscitarse entre el cesionario y el deudor no resueltas en el régimen uniforme, cabría incluir en el nuevo régimen alguna regla de derecho internacional privado. A este respecto se ofrecen dos posibilidades básicas: la ley aplicable al efecto a cobrar objeto de la cesión (la ley del contrato inicial) o la ley del país donde el deudor tenga su establecimiento. La primera solución pudiera no ofrecer el grado de certidumbre requerido, dado que en algunos casos el contrato inicial no existiría al concertarse la cesión, esa regla o la selección por las partes en el contrato inicial de la ley aplicable a ese contrato tal vez no sean válidas en el país cuyos tribunales sean competentes. El no reconocimiento de su validez podría dimanar de que en algunos ordenamientos las cuestiones suscitadas entre el cesionario y el deudor tal vez sean tenidas por cuestiones de procedimiento que, por ello mismo, habrán de regirse por la ley del foro. Ahora bien, uno de los principales argumentos en favor de la primera variante es que la índole jurídica del efecto a cobrar transferido no debe cambiar de resultados de la cesión.

71. Respecto de la segunda solución, cabe argüir que en vista de los inconvenientes de la primera, así como del hecho de que el cesionario normalmente acudirá a los tribunales del país del deudor⁸, el hacer remisión a la ley del lugar del establecimiento del deudor ofrecería mayor certidumbre. Sin embargo, la aplicación de esa regla suscitaría algunas dificultades: la identidad del deudor no sería conocida al efectuarse la cesión; toda cesión global debería conformarse al régimen aplicable al efecto en los diversos países en los que los deudores tengan su establecimiento; y no estaría prevista la ejecutoriedad en todo otro país en donde el deudor tenga activos. En cualquier caso, esta regla estaría centrada en el principio generalmente aceptado de que la cesión no debe modificar la situación del deudor, excepto en la medida que lo permita la propia ley por la que el deudor se obligó en primer lugar frente al cedente (véase el artículo 12.2 del Convenio de Roma).

⁸ Dalhuisen, la cesión de créditos en el derecho internacional privado de los Países Bajos en: "Comparability and Evaluation, Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou, T.M.C. Asser Institute", La Haya, 1994, págs. 183 y siguientes.

72. "Proyecto de artículo 13. Ley aplicable a la relación entre el cesionario y el deudor

A excepción de aquellos asuntos que estén expresamente resueltos en las presente reglas, toda cuestión suscitada entre el cesionario y el deudor deberá regirse por la ley [aplicable al efecto a cobrar cedido.] [del Estado en el que el deudor tenga su establecimiento. De tener el deudor más de un establecimiento se tendrá por establecimiento del deudor el que guarde una relación más estrecha con el efecto a cobrar cedido, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por el cedente y el cesionario en cualquier momento antes de concluirse el contrato o al ser éste concluido.]"

H. Validez de la cesión frente a terceros

73. Podría suscitarse un conflicto de prioridades entre los derechos de dos o más personas sobre los efectos a cobrar, en situaciones como las siguientes: entre dos cesionarios por haberse cedido más de una vez un mismo efecto a cobrar por fraude o abuso del cedente; entre el cesionario y los acreedores que hayan solicitado el embargo judicial de los efectos a cobrar del cedente; y entre el cesionario y el administrador judicial del cedente. La cuestión a resolver en todos estos casos es cuál de los derechos invocados gozará de preferencia sobre los de los demás acreedores.

74. Cabe dar diversas soluciones para determinar el orden de prioridades. Una regla por la que se diera prioridad al primer cesionario (cronológicamente) tendría la ventaja de su sencillez (proyecto de artículo 14 1), variante A). En los países que adoptan esta solución, los terceros tienden a estar protegidos por su conocimiento genérico de los contratos de financiamiento mediante efectos a cobrar en el mercado de que se trate. En diversos ordenamientos se ha optado por la regla del "primero en notificar al deudor" (proyecto de artículo 14 1), variante B). El inconveniente de este enfoque es que, de hecho, utiliza al deudor como registro de notificaciones. Además, este enfoque suscita dificultades en el contexto de las cesiones globales, que pueden involucrar a un gran número de deudores en diversos países.

75. Una regla basada en la inscripción en un registro tendría la ventaja de que serviría como sistema de notificación a terceros, con el resultado de que daría prioridad al primer cesionario inscrito. A reserva del derecho aplicable en materia de quiebras, el cesionario prevalecería sobre los acreedores del cedente de haber efectuado la inscripción antes del embargo, y sobre el administrador judicial de haber efectuado la inscripción antes de hacerse efectivo el proceso de quiebra (proyecto de artículo 15 1), variante C). La inscripción podría efectuarse en algún registro nacional existente, por ejemplo, en el registro de operaciones garantizadas o en el registro de sociedades mercantiles, facilitándose los datos más allá de las fronteras del país. Cabría también efectuar la inscripción en un registro internacional.

76. Cabría simplificar la inscripción de poderse utilizar para ello un modelo abreviado de declaración de la cesión (no el propio acto de cesión, lo que plantearía el problema de la autorización); de consignarse en esa declaración la identidad del cedente y del cesionario y una descripción razonable de los efectos a cobrar (por ejemplo cesión de A a B de todos los efectos a cobrar de A frente a X, Y, Z); de poderse inscribir futuros efectos a cobrar y de poderse efectuar la inscripción antes de concluirse el contrato de financiamiento para no dar lugar a que un tercero inscriba su derecho sobre los efectos a cobrar durante el intervalo entre la celebración del contrato y la inscripción por el cesionario, adquiriendo así prioridad para su derecho; de poder el cesionario inscribir la cesión sin que sea necesario el consentimiento del cedente (se evitaría de nuevo el problema de la autorización y el tiempo y costo que ello supondría).

77. Una posible desventaja de una solución basada en la inscripción podría ser la falta de idoneidad de los registros existentes, lo que podría obligar a crear un nuevo registro. Otra posible desventaja puede ser que el creciente recurso a la cesión global, cuyo obtejo sólo cabe describir en términos generales y de la cesión sin notificación reduzca la utilidad de la inscripción. Tal vez se opine, no obstante, que pese a estos posibles

inconvenientes el sistema de inscripción seguiría siendo el que daba mayor certidumbre y pronosticabilidad a esta operación financiera.

78. Otra posibilidad sería incluir en el régimen uniforme una regla de derecho internacional fundada en el establecimiento del cedente (proyecto de artículo 14 1), variante D)⁹. La regla propuesta tendría la ventaja de que sería aplicable al administrador judicial en un proceso de insolvencia contra el cedente entablado en el lugar del establecimiento del cedente. De celebrarse el proceso de insolvencia en otro Estado, esta regla sería igualmente aplicable, con tal de que ese Estado hubiera aprobado el régimen uniforme. Además, esa regla prevé un único punto de referencia, que puede ser determinado incluso en el momento de efectuar una cesión global de futuros efectos a cobrar y que sería compatible con todos los ordenamientos jurídicos en los que se conociera la práctica del registro, dado que los cesionarios en esos países se dirigirían normalmente al lugar del establecimiento del cedente para cerciorarse de la situación de los efectos a cobrar. Ahora bien, el orden de prioridad puede ser calificado de modo diverso como cuestión contractual, cuasi delictual, de derecho real, de derecho de quiebras o de derecho procesal y pudiera quedar sujeto a otra ley aplicable. El problema de esa calificación puede ser superado de ser aplicable la ley del país en donde el deudor tenga su establecimiento (véase el párrafo 73).

79. Cualquiera que sea la regla de prioridades por la que se opte, se habrán de hacer algunas excepciones para ciertos casos especiales como sería el derecho del vendedor que retenga el dominio sobre los bienes vendidos hasta el pago completo de los mismos y que, al mismo tiempo, sea cesionario del futuro producto que pueda reportar la venta ulterior de los bienes por el comprador en el giro normal de sus negocios (proyecto de artículo 14 2)).

80. "Proyecto de artículo 14. Prioridades

1) Variante A

El primer cesionario gozará de prioridad sobre todo cesionario ulterior, sobre los acreedores del cedente [y, a reserva de la ley aplicable en materia de quiebras, sobre el administrador judicial del cedente] con respecto a los efectos a cobrar cedidos.

Variante B

El primer cesionario que notifique al deudor, de conformidad con lo previsto en el artículo 9, gozará de prioridad sobre todo cesionario ulterior, sobre todo cesionario anterior que no haya dado aviso al deudor o se lo haya dado ulteriormente, sobre los acreedores del cedente [y, a reserva de la ley aplicable en materia de quiebras, sobre el administrador judicial del cedente] con respecto a los efectos a cobrar cedidos.

Variante C

El primer cesionario que haga la inscripción en un registro público, situado en el lugar del establecimiento del cedente, de una declaración simplificada en la que identifique razonablemente al cedente, al cesionario y a los efectos a cobrar cedidos, tendrá prioridad sobre todo cesionario ulterior

⁹ Esa regla no tendría los inconvenientes de la regla propuesta durante la Conferencia Diplomática en la que se aprobó el Convenio sobre el Facturaje. No habría una disposición en que se reconociera un "derecho superior"; no se plantearía el problema de si el cesionario es una empresa de facturaje; y se daría acomodo a todos los regímenes previstos en el derecho interno para la determinación de prioridad (véase CONF.7/6 Add.2, artículo Z. Prioridades, y UNIDROIT 1988 CONF.7/C.1/S.R.19).

y sobre todo cesionario anterior que no haya efectuado o que haya efectuado más tarde la inscripción, sobre los acreedores del cedente [y, a reserva de la ley aplicable en materia de quiebras, sobre el administrador judicial del cedente] con respecto de los efectos a cobrar cedidos.

Variante D

El primer cesionario o el primer cesionario que dé aviso de la cesión al deudor, o el primer cesionario que haga la inscripción de un registro público de una declaración simplificada de la cesión, gozará de prioridad sobre todo cesionario ulterior y sobre los acreedores del cedente, en función de la ley del Estado donde el [cedente] [deudor] tenga su establecimiento.

2) La regla enunciada en el párrafo 1) no se aplicará en los casos siguientes:
....."

I. Cesiones ulteriores

81. Se denomina cesión ulterior a toda cesión de un mismo efecto a cobrar efectuada por el cedente con posterioridad a la primera cesión, o toda cesión efectuada por el primer cesionario o cualquier cesionario ulterior. Entre las cuestiones que cabría considerar, cabe citar: la de saber si se ha de tratar a algún cesionario ulterior como primer cesionario (por ejemplo, la de saber si un cesionario ulterior puede efectuar válidamente una cesión global de futuros efectos a cobrar pese a la existencia de una cláusula de intransferibilidad); la de saber si estarán cubiertas todas las cesiones ulteriores con tal de que les sea aplicable el presente régimen, o únicamente aquellas cesiones cuya cesión inicial se rigiera por el presente régimen (proyecto de artículo 15 1)), véase también el artículo 11 del Convenio sobre el Facturaje); la de saber si el deudor podrá hacer valer, frente a un cesionario ulterior o frente al cesionario definitivo, algún cobro que le sea debido por un cesionario anterior, con independencia de que el pago le sea debido por razón de un contrato, de un quasi delito, o por ministerio de la ley (proyecto de artículo 15 3)); la de saber si el cedente o alguno de los cesionarios podrá prohibir o restringir la cesión ulterior de los efectos (especialmente de haberse efectuado la cesión a título de garantía o de tratarse de una cesión de un único efecto a cobrar; proyecto de artículo 15 4)); y la de saber si la invalidez de una cesión intermedia invalida toda cesión ulterior (quedarían a salvo las acciones de que disponga el cesionario contra el cedente por incumplimiento de su garantía contractual de la existencia de los efectos a cobrar y el derecho del deudor a quedar presuntamente liberado de haber efectuado el pago al cesionario definitivo; proyecto de artículo 15 5)).

82. "Proyecto de artículo 15. Cesiones ulteriores

1) El presente régimen será aplicable a toda cesión de los mismos efectos a cobrar efectuado por el cedente a más de un cesionario o por el primer cesionario, o cualquier otro cesionario, a cesionarios ulteriores, con tal de que [la primera] [esa] cesión se rija por el presente régimen.

2) De efectuar el cedente alguna cesión ulterior, el deudor quedará liberado de su obligación de efectuar el pago al primer cesionario que le dé el aviso previsto en el artículo 9, y podrá oponer al cesionario cualquier excepción que pueda invocar conforme al artículo 10.

3) De efectuar alguna cesión ulterior el primer cesionario o algún cesionario ulterior, lo dispuesto en los artículos 9 a 12 será aplicable al igual que si el cesionario ulterior fuera el primer cesionario. Ahora bien, el deudor no podrá invocar frente a un cesionario ulterior ningún derecho de compensación, en razón de la suma que le sea debida por un cesionario anterior.

4) Toda cesión ulterior por el primer cesionario, o por cualquier cesionario ulterior, surtirá efecto pese a cualquier acuerdo entre el primer cedente y el primer cesionario, o entre cualesquiera de los cesionarios ulteriores, por el que se prohíba o restrinja esa cesión.

5) A reserva de lo dispuesto en el artículo 9, la invalidez de una cesión intermedia invalidará la cesión definitiva."

CONCLUSIÓN

83. El anterior estudio de los obstáculos con que tropieza la cesión de efectos a cobrar para fines de financiamiento por razón de la disparidad existente entre los regímenes aplicables al efecto, así como la primera tentativa de elaborar un proyecto de régimen uniforme para eliminar estos obstáculos, parecen sugerir que sería conveniente que la Comisión emprendiera alguna tarea en esta esfera, y que esa tarea es ciertamente viable. La Comisión tal vez juzgare llegado el momento de asignar la labor sobre este tema y la elaboración de un proyecto de régimen uniforme a uno de sus grupos de trabajo.

84. Tal como ha sido planteada en el presente informe, la labor de la Comisión tendría por finalidad básica la de eliminar los obstáculos que dimanarían para el financiamiento mediante efectos a cobrar de la incertidumbre existente en diversos ordenamientos jurídicos sobre la validez de la cesión global transfronteriza de futuros efectos a cobrar, tanto entre el cedente y el cesionario como frente al deudor y otros terceros. Para eliminar esta incertidumbre el nuevo régimen uniforme trataría de resolver estas cuestiones, aclarando en particular el derecho del cesionario a reclamar el pago, el deber del deudor a pagar y la protección que le es debida al deudor, y el orden de prioridad que habrá de observarse cuando se presente más de un acreedor.

85. En cuanto a la forma que cabría dar al régimen elaborado por la Comisión, cabe preguntarse si, para mejor promover el reconocimiento judicial de las cesiones transfronterizas, no sería conveniente formular ese nuevo régimen en forma de convención, por cuya virtud cabría obtener una red de países en los que la validez de las cesiones transfronterizas sería legalmente reconocida. Cabría también preguntarse si conviene que el nuevo instrumento sea de índole predominantemente imperativa o si convendría permitir a las partes para modificar, en virtud de su autonomía contractual, ciertos aspectos, que puedan afectar al deudor o a otros terceros, del régimen jurídico para la transmisión de efectos a cobrar. Al mismo tiempo, especialmente al irse a determinar el alcance de la futura labor, conviene no olvidar el importante papel desempeñado por la autonomía contractual de las partes en el desarrollo del financiamiento mediante efectos a cobrar.

* * *