



Asamblea General

Distr. general
28 abril de 2010*
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

43° período de sesiones

Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010

Posible labor futura en materia de garantías reales

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. Posibles temas para la labor futura (<i>continuación</i>)	1-54	3
C. Garantías reales sobre bienes muebles: una ley modelo	1-21	3
1. Introducción	1-2	3
2. Conveniencia	3-7	3
3. Viabilidad	8-19	5
4. Conclusiones	20-21	8
D. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía	22-34	9
1. Introducción	22-23	9
2. Conveniencia	24-25	9
3. Viabilidad	26-33	10
4. Conclusiones	34	11

* Este documento se presenta tres semanas después de transcurrido el plazo requerido de diez semanas antes del comienzo de la reunión, pues ha habido que concluir las consultas e introducir en el texto las consiguientes enmiendas.



E.	Concesión de licencias de propiedad intelectual	35-47	12
1.	Introducción	35-37	12
2.	Conveniencia	38-40	13
3.	Viabilidad	41-45	13
4.	Conclusiones.....	46-47	15
F.	Aplicación de los textos de la CNUDMI relativos a las operaciones garantizadas	48-54	16

II. Posibles temas para la labor futura (*continuación*)

C. Garantías reales sobre bienes muebles: una ley modelo

1. Introducción

1. La *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas* (la “*Guía*”) es un documento sustancial que contiene un comentario en el que se analizan diversos enfoques viables de todas las cuestiones que deben abordarse en un régimen de las operaciones garantizadas y, además, 242 recomendaciones legislativas detalladas. El documento irá acompañado de un suplemento sustancial relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual (el “proyecto de suplemento”). No obstante, si bien en la *Guía* se combina la flexibilidad del comentario con la certeza de las recomendaciones, la *Guía* no es una ley modelo ni una convención. Así pues, la *Guía* deja al arbitrio de cada Estado la forma de redactar un régimen de las operaciones garantizadas que se base en sus recomendaciones. Sin embargo, el lenguaje en que están formuladas las recomendaciones de la *Guía* es tan específico que podría constituir una ley modelo si se omitieran, al principio de cada recomendación, las palabras “el régimen debería disponer que”. Esa ley modelo podría complementar la labor que realiza la Comisión sobre el tema de las garantías reales sobre bienes muebles. Al igual que en la *Guía*, en una ley modelo se combinaría la flexibilidad con la certeza, aunque en grado diferente, ya que, por lo general, una ley modelo daría menos flexibilidad, pero una mayor certeza.

2. La Comisión tal vez desee tomar nota de que existen ya varias leyes modelo sobre las operaciones garantizadas de ámbito regional, como: a) la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), de 1993¹; b) la Ley Modelo Interamericana sobre las Operaciones Garantizadas, adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 2002²; c) la Ley uniforme de la OHADA sobre los valores bursátiles³; y d) el Libro IX del proyecto de marco europeo común de referencia de los principios, definiciones y reglas modelo de derecho privado europeo⁴. Hasta la fecha no ha habido ninguna iniciativa para preparar una ley modelo sobre las operaciones garantizadas que pudiera aplicarse en todos los Estados del mundo, independientemente de las tradiciones jurídicas o del grado de desarrollo económico.

2. Conveniencia

3. La *Guía* regula todas las cuestiones pertinentes que deben abordarse en un régimen de las operaciones garantizadas. No obstante, la *Guía* es un documento largo y complejo y su transformación en ley puede requerir mucho tiempo y un esfuerzo considerable. Además, es posible que para los Estados la *Guía* no resulte tan atractiva como una eventual ley modelo. Además, al poderse aplicar

¹ <http://www.ebrd.com/pubs/legal/secured.pdf>.

² http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm.

³ OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés* (2002) 619.

⁴ C. v. Bar and E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*. Vol. 6 (2009), págs. 5389 a 5667.

(o interpretar) sus recomendaciones de modo distinto en cada Estado, es posible que el efecto de modernización de su aplicación varíe y que, por tanto, no se logre la armonización deseada. Además, es posible que los Estados con economías en desarrollo o en transición carezcan de los recursos o de los conocimientos especializados necesarios para aplicar eficazmente la reforma legislativa en un ámbito tan complejo como el del régimen de las operaciones garantizadas.

4. Cabe señalar también que una ley modelo basada en las recomendaciones de la *Guía* no sólo ayudaría a los Estados en la aplicación en sí de las recomendaciones de la *Guía* sino que también optimizaría el efecto potencial de modernización y de armonización que tendría esa ley modelo. Una ley modelo, al ser más flexible que una convención pero menos flexible que una guía, puede ofrecer el grado idóneo de flexibilidad que permita a los Estados tener en cuenta sus necesidades concretas. También es probable que el proceso de transformación de las recomendaciones de la *Guía* en una ley modelo contribuya a mejorar y a complementar las recomendaciones de la *Guía*. Así pues, una ley modelo puede incrementar la probabilidad de que los Estados promulguen legislación ateniéndose a los principios de la *Guía*.

5. Además, como ya se ha señalado, no existe ninguna ley modelo de ámbito mundial que regule las operaciones garantizadas, y la mayoría de las leyes modelo existentes a nivel regional están desfasadas y fueron elaboradas antes de que se adoptara la *Guía*. Así pues, las circunstancias actuales pueden ser propicias para la preparación de una ley modelo que esté al día, que pueda adoptarse a nivel mundial y que refleje los enfoques normativos recomendados en la *Guía*. De modo general, una ley modelo sobre las operaciones garantizadas que fuera preparada por la Comisión complementaría a la *Guía* y beneficiaría así a los Estados que reformaran sus regímenes de las operaciones garantizadas.

6. Sin embargo, no es seguro que los beneficios que pueda reportar una ley modelo contrarresten las posibles desventajas de tal proyecto. La preparación de una ley modelo puede constituir un ejercicio relativamente simple si con él se transforman las recomendaciones de la *Guía* en disposiciones legislativas modelo. Ahora bien, no será así si debe reestudiarse el fondo de cada recomendación. En efecto, si hubiera que reexaminar de nuevo el contenido de cada recomendación, la elaboración de una ley modelo podría requerir mucho tiempo y, al final, sus disposiciones podrían no ajustarse a las recomendaciones de la *Guía*.

7. Además, la preparación de una ley modelo en esta etapa podría tener como consecuencia que los Estados aplazaran la aplicación de las recomendaciones de la *Guía* hasta que se concluyera la ley modelo. En este sentido, el inicio de la preparación de una ley modelo en esta etapa podría suponer una utilización poco eficaz de los recursos de la Comisión. Existe otra razón por la que tal vez no sea necesaria una ley modelo. En los regímenes de las operaciones garantizadas, así como en muchos ámbitos jurídicos, el enfoque uniforme para todos los países tal vez no resulte apropiado. En cambio, la flexibilidad que ofrece el comentario de la *Guía*, junto con la certeza que entrañan sus recomendaciones, pueden hacer que sea el instrumento más apropiado para modernizar y armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas. Como ya se ha señalado, el hecho de que las diversas leyes modelo regionales que se han preparado hasta la fecha hayan tenido distintos niveles de éxito puede ser también un indicio de que tal vez no sea necesario adoptar una ley modelo de ámbito mundial. En cualquier caso, mientras las

legislaciones nacionales se ajusten a las recomendaciones de la *Guía*, los Estados tal vez no precisen una ley modelo para lograr sus objetivos de modernización de sus respectivos regímenes de las operaciones garantizadas.

3. Viabilidad

8. Al determinar la viabilidad de la preparación de una ley modelo sobre las operaciones garantizadas, la Comisión tal vez desee tener en cuenta las consideraciones que se exponen a continuación. La experiencia que ha obtenido la Comisión con la *Guía Legislativa* de la CNUDMI *sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*⁵, adoptadas en 2000, y con las *Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*⁶, adoptadas en 2003, da pie a creer que ese proyecto podría concluirse con éxito en un plazo razonable.

9. Como ya se ha indicado, si la preparación de una ley modelo supusiera la transformación de las recomendaciones de la *Guía* en disposiciones legales modelo, tal proyecto podría llevarse a término con éxito en un plazo razonable. En cambio, si ese proceso requiriera la reconsideración de cada una de las cuestiones y de los enfoques normativos, sobre los que se llegó a un consenso tras largas y arduas deliberaciones, la preparación de una ley modelo podría constituir un proyecto muy complejo que requeriría mucho tiempo y un volumen considerable de recursos. En vista de ello, la preparación de una ley modelo podía ser viable o inviable según el mandato que la Comisión asignara al Grupo de Trabajo VI.

10. Aun cuando ese proyecto resultara viable, podrían surgir difíciles situaciones, por ejemplo, cuando la ley modelo elaborada no resultara coherente con las recomendaciones de la *Guía*. La existencia de varias leyes modelo regionales sobre las operaciones garantizadas y la ausencia de una ley modelo internacional pueden hacer suponer que no existe un consenso internacional suficiente para preparar este tipo de ley modelo internacional. Esta percepción puede verse corroborada por el hecho de que todos los textos normativos internacionales que se han adoptado hasta la fecha en el ámbito de las operaciones garantizadas han tratado específicamente de los bienes y en ellos se ha evitado regular las garantías reales sobre todos los tipos de bienes (así ha ocurrido con la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional* (la “*Convención sobre la Cesión de Créditos*”)⁷, el Convenio de Ciudad del Cabo⁸ y sus protocolos⁹, y también con el Convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (Ginebra, 2009)¹⁰ y el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en

⁵ Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.01.V.4.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001Guide_PPIP.html

⁶ Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.04.V.11.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2003Model_PPIP.html.

⁷ Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.04.V.14.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html.

⁸ <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm>.

⁹ Por ejemplo, <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment/main.htm#NR2>.

¹⁰ <http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm>.

poder de un intermediario)¹¹. De esta situación cabe deducir que en un futuro próximo tal vez no pueda lograrse el objetivo de preparar una ley modelo internacional aplicable a las garantías reales sobre todos los tipos de bienes.

11. A continuación se mencionan algunos ejemplos con el fin de ayudar a la Comisión a determinar si es viable o no preparar una ley modelo sobre las operaciones garantizadas.

a) Definiciones

12. En una ley modelo habría que incluir definiciones (en la *Guía* solamente figura una sección de terminología que es indicativa y no vinculante). Puede resultar bastante difícil llegar a un consenso sobre un conjunto de definiciones que pudieran aplicarse en todos los ordenamientos jurídicos en lo relativo al régimen de la propiedad y al de las operaciones garantizadas. Por ejemplo, en la *Guía* se utiliza el concepto genérico de “garantía real” para denotar todos los tipos de garantías reales, ya sean posesorias o no posesorias. Mientras siga un enfoque funcional de las operaciones garantizadas, todo Estado que aplique las recomendaciones de la *Guía* puede permanecer fiel a los principios de la *Guía*, aun cuando emplee términos o conceptos diferentes (por ejemplo, prenda, hipoteca, transferencia fiduciaria de un bien mueble o cesión de un crédito por cobrar, retención del derecho a la titularidad o derecho de arrendamiento financiero). Así pues, en una ley modelo podrían figurar distintas definiciones.

b) Ámbito de aplicación

13. En una ley modelo habría que definir su ámbito de aplicación. Si se da por sentado que la ley modelo se atiene a las recomendaciones de la *Guía*, sería aplicable a las garantías reales consensuales sobre bienes muebles. No obstante, una ley modelo puede adoptar un criterio diferente y tener un ámbito de aplicación más amplio. Por ejemplo, puede concebir que las garantías reales abarquen todos los mecanismos jurídicos que prevean un derecho sobre bienes previendo excepciones a los principios de la responsabilidad patrimonial universal del deudor y de la igualdad de los acreedores. Así pues, una ley modelo podría abarcar: a) las garantías reales tanto consensuales como no consensuales; b) las garantías reales sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles; c) las garantías reales posesorias y las meras preferencias en materia de ejecución; y d) la utilización de la titularidad para garantizar el cumplimiento de una obligación.

14. Además, si una ley modelo sigue el criterio de la *Guía*, tendrá que abordar cuestiones que en muchos ordenamientos se rigen por otras disposiciones legales (si bien esto se trata de un enfoque legislativo y no del ámbito de aplicación, ya que en la *Guía* no se exige que todas las cuestiones de que trata deban ser incluidas en un único instrumento legislativo que trate de las garantías reales). Entre estas cuestiones pueden figurar: a) las cesiones puras y simples; b) los arrendamientos; c) los mecanismos procesales de ejecución; d) los conflictos de leyes; y e) la insolvencia. Sería más fácil tratar todas estas cuestiones en una *Guía* que en una ley modelo. En cualquier caso, los Estados, tanto si aplican las recomendaciones de la *Guía* como una ley modelo, podrán excluir de su legislación las cuestiones incluidas en la *Guía* (dejando que estas cuestiones se rijan por otras disposiciones legales)

¹¹ http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=72.

e incluir las cuestiones que la *Guía* excluya (ampliando así el ámbito de aplicación del derecho interno).

c) Producto

15. En una ley modelo habría que abordar la cuestión de si una garantía real constituida sobre un bien se hace automáticamente extensiva al producto de dicho bien (inclusive al producto del producto). Si la ley modelo sigue el enfoque de la *Guía*, tendrá un concepto muy amplio del término “producto”, que abarcará lo que en muchos ordenamientos se conoce como productos y frutos, así como todo lo que se perciba a raíz de la disposición de un bien gravado, aun cuando la garantía real pase, igual que el bien, a manos del cesionario (véase el término “producto” en la introducción de la *Guía*, sección B).

16. Si bien en las recomendaciones de la *Guía* se adoptó este enfoque, es posible que deba adoptarse otro criterio en una ley modelo. Ello obedece a que, en muchos ordenamientos tal vez no exista un concepto equivalente al “producto” o a una garantía real que se haga extensiva al “producto”. Cuando exista tal concepto, puede estar limitado a situaciones de subrogación real, es decir, a los casos en que, por ejemplo, una hipoteca sobre un bien gravado se extingue cuando el bien es vendido y es adquirido por otra persona de buena fe. En tal caso, puede ser necesario redactar dos reglas distintas: una para el producto y otra para los productos y frutos. La posibilidad de que las dos reglas tengan el mismo resultado dependerá de si se llega a un acuerdo para seguir el enfoque que se recomienda en la *Guía*.

d) Financiación de adquisiciones

17. En una ley modelo habría que abordar también los mecanismos de financiación de adquisiciones (los préstamos otorgados para la adquisición de bienes, las ventas con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros). Si en una ley modelo se sigue el criterio de la *Guía*, habrá que adoptar un enfoque genérico y funcional de la financiación de adquisiciones. Este enfoque se centra en la naturaleza de la operación garantizada, y no en las partes en ella (vendedores o prestamistas) o en los titulares de los bienes pertinentes. En virtud de ese enfoque, ya se trate de una adquisición o de un préstamo, se considera una operación de financiación de adquisiciones toda operación garantizada por la que se adquiera la propiedad mediante fondos facilitados por un prestamista. Del mismo modo, toda operación que dé resultados funcionalmente equivalentes (venta con retención de titularidad o arrendamiento financiero) se considera una operación de financiación de adquisiciones. Además, el funcionalismo va más allá de la caracterización de la operación. Todos los proveedores de crédito, ya sea una parte contratante (vendedor, arrendador financiero o prestamista) o un tercero (prestamista o fideicomisario), y todas las formas de financiación de adquisiciones, ya sea en efectivo, mediante crédito o en especie, entran en el concepto de financiación de adquisiciones. La importancia de la caracterización de una garantía real como garantía real para el pago de adquisiciones radica en el grado de prelación que obtiene el financiador de adquisiciones. La finalidad de las recomendaciones de la *Guía* es prever que la garantía real del pago de adquisiciones gozará de prelación sobre los titulares de garantías reales no destinadas a adquisiciones incluso cuando se hayan inscrito antes. Cuando exista un período de gracia para la inscripción de una garantía real

del pago de adquisiciones, esa garantía real gozará de prelación incluso sobre las garantías reales previamente constituidas.

18. En una ley modelo puede seguirse un criterio diferente, dado que en muchos ordenamientos jurídicos se sigue haciendo una distinción entre los derechos de: a) los vendedores y arrendadores que usan la titularidad como mecanismo para la financiación de adquisiciones; b) los vendedores y otras personas en cuyos acuerdos de financiación de adquisiciones adquieren una hipoteca de vendedor que es equivalente a la titularidad; y c) los prestamistas que adquieren una garantía real. En cada uno de esos casos de garantías con titularidad, en una ley modelo podría formularse un régimen ligeramente distinto del que se recomienda en la *Guía*. Por ejemplo, únicamente la venta con retención de la titularidad puede ser objeto de un régimen reglamentario para la ejecución que siga al régimen aplicable a las garantías reales. Además, el grado de prelación del financiador de adquisiciones puede tener que determinarse conforme a los principios básicos del régimen de la propiedad (*nemo dat quod non habet*). Además, salvo en el caso del arrendamiento financiero, un prestamista puede tener que negociar una cesión de los derechos del vendedor o del arrendador a la obtención de una garantía real del pago de adquisiciones.

19. Al igual que en los dos casos antes señalados (ámbito de aplicación y producto), existen diferencias obvias de técnica legislativa. Es cierto que existen notables diferencias entre los enfoques normativos de la *Guía* y los que actualmente adoptan muchos ordenamientos jurídicos, especialmente respecto de la financiación de adquisiciones por prestamistas. Esas diferencias pueden superarse, pero esa tarea puede resultar más fácil en una guía que en una ley modelo.

4. Conclusiones

20. La Comisión tal vez desee considerar que, al menos por el momento, la *Guía* es suficiente, como instrumento normativo rico, elaborado y pedagógicamente complejo, para ayudar a los Estados a modernizar sus regímenes de las operaciones garantizadas. La Comisión tal vez desee también considerar que habría que dejar tiempo a los Estados para examinar la *Guía* e incorporarla a su derecho interno antes de adoptar una decisión sobre la preparación eventual de una ley modelo. Además, la Comisión tal vez desee considerar que, si bien una ley modelo sobre las operaciones garantizadas ofrecería innegables ventajas, al existir la *Guía*, esos beneficios podrían ser marginales. Además, la Comisión tal vez desee considerar que esos beneficios solamente se obtendrían después de que la Comisión dedicara al tema mucho tiempo y un gran esfuerzo, por lo que tal vez sería más productivo que la Comisión dedicara sus recursos a otros temas relacionados con el régimen de las operaciones garantizadas.

21. En vista de todo ello, la Comisión tal vez desee decidir mantener el tema de la ley modelo sobre las operaciones garantizadas en su futuro programa de trabajo, aplazando su examen hasta otro momento. Por de pronto, la Comisión tal vez desee determinar si es conveniente y viable elaborar una ley modelo teniendo en cuenta la experiencia adquirida en la aplicación de las recomendaciones de la *Guía*, del proyecto de suplemento y de todo otro texto que prepare la Comisión en relación con las operaciones garantizadas.

D. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía

1. Introducción

22. Uno de los pilares del régimen recomendado en la *Guía* es el principio de la autonomía de las partes, conforme al cual, a menos que el régimen de las operaciones garantizadas o alguna otra disposición legal dispongan otra cosa, las partes en un acuerdo de garantía podrán convenir en el modo de abordar sus necesidades concretas en el acuerdo de garantía (véase la recomendación 10). Además, la *Guía* contiene un capítulo referente a los derechos y obligaciones de las partes (capítulo VI). En ese capítulo se examinan de forma indicativa, más que exhaustiva, cuestiones que las partes tal vez deseen abordar en su acuerdo, e incluye algunas recomendaciones (véanse las recomendaciones 110 a 116).

23. No obstante, las partes que negocien acuerdos de garantía complejos pueden necesitar orientaciones detalladas sobre las cuestiones que deben abordar en sus acuerdos de garantía y sobre la forma óptima de tratar esas cuestiones. Así pues, sería muy útil que se redactara un texto en el que se analizaran de forma exhaustiva los derechos y las obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía. Esta orientación resultaría particularmente útil para las partes que tal vez no tengan acceso fácil a letrados con experiencia o para las personas situadas en partes del mundo en que no sea fácil obtener los servicios de peritos especializados, por lo menos a un precio asequible. Un buen ejemplo de ese tipo de texto es la *Guía jurídica de la CNUDMI sobre la elaboración de contratos internacionales para la construcción de obras industriales*¹², que fue adoptada por la Comisión en 1987.

2. Conveniencia

24. Como ya se ha señalado, la *Guía* contiene un capítulo sobre los derechos y obligaciones de las partes (véase el capítulo VI). Además, la *Guía* dispone que, a menos que el régimen de las operaciones garantizadas o alguna otra disposición legal prevean otra cosa, las partes pueden convenir en el modo de abordar una cuestión en su acuerdo de garantía (véase la recomendación 10). No obstante, las partes en acuerdos de garantía complejos pueden requerir orientaciones detalladas y exhaustivas sobre las cuestiones que deberían abordar en el acuerdo de garantía y sobre la forma óptima en que cabría tratar esas cuestiones. Es posible que, a diferencia de las grandes empresas, las pequeñas y medianas empresas y los consumidores no tengan un acceso fácil a servicios de asesoramiento jurídico a un precio asequible. Lo mismo puede ocurrir a las partes en acuerdos de garantía situadas en Estados con economías en desarrollo o en transición.

25. Ese texto podría ser útil complementando a la *Guía* y proporcionando información también a los legisladores a la hora de aplicar el régimen recomendado en la *Guía*, así como a los jueces, árbitros, empresarios y abogados. Por ejemplo, respecto de la constitución de una garantía real, el régimen recomendado en la *Guía* se limita a requerir un acuerdo concertado entre el otorgante y el acreedor garantizado y establece el contenido mínimo y la forma de ese acuerdo de garantía (véanse las recomendaciones 13 a 15). En un texto detallado sobre los derechos y obligaciones de las partes podrían ponerse de relieve las diversas cuestiones que

¹² Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta. S.87. V.10.
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1988Guide.html.

deben abordarse en un acuerdo de garantía y cabría ilustrar, con más detalle, el modo de formular un acuerdo de garantía, inclusive la forma en que las partes podrían describir la obligación garantizada y el bien gravado. Además de las cuestiones de constitución de garantías, ese texto podría abordar otras cuestiones que el régimen de las operaciones garantizadas dejara a las partes en el ejercicio de su autonomía (por ejemplo, los acuerdos de subordinación, la definición de incumplimiento y la renuncia a derechos en el contexto de la ejecución; véanse las recomendaciones 94 y 133).

3. Viabilidad

26. Al determinar si sería viable preparar un texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, la Comisión tal vez desee tener en cuenta las consideraciones que se exponen a continuación.

a) Contenido mínimo de un acuerdo de garantía

27. Sería útil que en un texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía se explicara que todo acuerdo de garantía debe tener un contenido mínimo y se dieran ejemplos del modo en que cabría formular ese contenido. Por ejemplo, en el texto se podrían dar ejemplos de cómo: a) declarar la intención de constituir una garantía real; b) identificar al otorgante y al acreedor garantizado; y c) describir la obligación garantizada y el bien gravado.

b) Oponibilidad a terceros y prelación

28. En un texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía cabría abordar cuestiones relativas a la oponibilidad a terceros y a la prelación de una garantía real que estén excepcionalmente remitidas a la autonomía de las partes (como, por ejemplo, las cuestiones relativas a la subordinación de la prelación).

c) Incumplimiento y ejecución

29. En un texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía sería útil analizar la forma en que las partes podrían regular en su acuerdo de garantía cuestiones relativas al incumplimiento y a la ejecución, inclusive las siguientes cuestiones: a) lo que constituye incumplimiento; b) la capacidad del acreedor garantizado para hacer valer su garantía real en caso de incumplimiento; y c) en la medida en que lo permitan el régimen de las operaciones garantizadas y otras disposiciones legales, los derechos y vías de recurso de que dispondrán el otorgante y el acreedor garantizado en caso de incumplimiento y ejecución.

d) Ley aplicable

30. De acuerdo con el régimen recomendado en la *Guía*, las partes en un acuerdo de garantía pueden elegir la ley aplicable a sus derechos y deberes mutuos (véase la recomendación 216). Sería útil que en un texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía se analizaran las formas en que las partes podrían convenir efectivamente en la ley aplicable a esas cuestiones.

e) Relación con otras disposiciones legales

31. Un texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía no supliría al derecho de los contratos, sino que simplemente lo complementaría en lo que respecta a los derechos y obligaciones de las partes. También complementaría al régimen de las operaciones garantizadas en la medida en que ese régimen permitiera la autonomía de las partes. Además, al igual que el régimen recomendado en la *Guía*, ese texto debería remitir a la legislación de protección del consumidor.

f) Otras cuestiones

32. Existen otras diversas cuestiones que deberían abordarse en un texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, tal vez empleando un lenguaje modelo en atención al acreedor garantizado y al otorgante. Entre esas cuestiones cabe destacar las de si: a) el otorgante tiene que ser la misma persona que el prestatario; b) el acuerdo de garantía respalda todas las obligaciones pertinentes; c) la garantía real está sujeta a alguna restricción jurídica; d) debe establecerse un calendario claro para el reembolso del crédito; e) existe algún derecho o alguna obligación especial (como las servidumbres de paso o los derechos de acceso a un lugar); f) existe alguna obligación especial de preservar los bienes gravados; g) existe alguna obligación de no transferir el bien gravado o de no constituir otra garantía sobre él; h) existen modos de notificación del otorgante y de otras partes interesadas en caso de incumplimiento y ejecución; i) habría que hacer referencia a la ejecución extrajudicial; y j) el acuerdo debería contener una cláusula para la solución de controversias;

g) Forma y estructura de la labor

33. Si bien la Comisión tal vez desee dejar en manos del Grupo de Trabajo VI la forma y la estructura exacta de la labor que vaya a realizarse, tal vez desee observar que un texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía podría revestir la forma de una guía. Esa guía iría dirigida principalmente a las partes en acuerdos de garantía. Su finalidad principal sería ayudar a las partes a negociar y redactar acuerdos de garantía especificando las cuestiones jurídicas que plantean esos acuerdos, examinando los posibles enfoques para resolver esas cuestiones y, cuando procediera, sugerir soluciones que las partes tal vez desearan incorporar a sus acuerdos. Esa guía sería también un útil instrumento para los legisladores, los jueces, los árbitros, los empresarios y los profesionales del derecho.

4. Conclusiones

34. Todo texto sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, en la medida en que aclarara las formas concretas de llevar a la práctica el principio de la autonomía de las partes, así como los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, podría complementar útilmente a la *Guía*. Además, si ese texto promoviera una mejor comprensión de las operaciones garantizadas, fomentaría la aplicación de las recomendaciones de la *Guía*. Sin embargo, la Comisión tal vez desee considerar que la preparación de tal texto tal vez no sea tan urgente como la preparación de un texto sobre la inscripción de garantías reales en registros generales de las garantías reales o de un texto relativo a las garantías reales sobre valores bursátiles. Por consiguiente, la Comisión tal vez desee mantener este tema en su futuro programa de trabajo para examinarlo en un ulterior período de sesiones.

E. Concesión de licencias de propiedad intelectual

1. Introducción

35. El desarrollo económico depende en gran medida de las innovaciones amparadas por derechos de propiedad intelectual. El desarrollo de esos derechos requiere una inversión sustancial en tiempo, esfuerzo y dinero. Los fondos necesarios pueden provenir principalmente de dos fuentes. Una de ellas es la utilización de derechos de propiedad intelectual como garantía para la obtención de crédito, tema que se trata en el proyecto de suplemento. La otra posible fuente de financiación es la explotación comercial de la propiedad intelectual por parte del propietario o de otro titular de derechos obtenidos mediante la concesión de licencias o a través de otros contratos, lo cual presupone que la propiedad intelectual tiene un valor comercial.

36. Varias organizaciones han elaborado textos sobre diversos aspectos de la concesión de licencias de propiedad intelectual. En particular, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha preparado una serie de textos sobre diversos aspectos de la concesión de licencias de propiedad intelectual, concretamente sobre: a) las licencias de derechos de autor; b) la gestión de bienes de propiedad intelectual; c) las guías sobre la concesión de licencias destinadas a las pequeñas y medianas empresas; y d) la capacitación en el ámbito concreto de la transferencia de tecnología y de la concesión de licencias. Sin embargo, todos esos textos abordan los aspectos económicos y técnicos y otros aspectos prácticos de la concesión de licencias de propiedad intelectual, y no todas las cuestiones jurídicas que se plantean a ese respecto.

37. En general, la concesión de licencias de propiedad intelectual es un tema en el que convergen el régimen de la propiedad intelectual y el derecho de los contratos. No obstante, el régimen de la propiedad intelectual se centra más en el reconocimiento y la ejecución de los derechos exclusivos de propiedad intelectual, y menos en los aspectos contractuales de la concesión de licencias de propiedad intelectual; en cambio, el derecho general de los contratos se centra más en la formación y el cumplimiento de los contratos que en las cuestiones concretas que se plantean en el contexto de la concesión de licencias de propiedad intelectual. Así pues, parece necesario formular un texto en el que se aborden de manera sistemática y exhaustiva las cuestiones jurídicas que plantea la concesión de licencias de propiedad intelectual. Toda orientación sobre esas cuestiones sería útil para los titulares de propiedad intelectual, los licenciantes, los licenciarios, los financiadores y los profesionales del derecho, pero también para los gobiernos que se planteen una reforma legislativa. Ese texto podría basarse en la labor realizada por diversas organizaciones, como la OMPI, el UNIDROIT (la Ley Modelo sobre el Arrendamiento)¹³ y la Comisión (la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; la “CIM”)¹⁴.

¹³ <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2008leasing/main.htm>

¹⁴ Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.95.V.12.
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

2. Conveniencia

38. Tal como ya se ha observado, la propiedad intelectual está adquiriendo una importancia cada vez mayor en las operaciones comerciales, tanto nacionales como internacionales. Además, en los diversos textos preparados por organizaciones internacionales, como la OMPI, se dan orientaciones sobre aspectos económicos y técnicos y otros aspectos prácticos de la concesión de licencias de propiedad intelectual, pero no se abordan todas las cuestiones jurídicas pertinentes. Además, el régimen de la propiedad intelectual regula principalmente el reconocimiento y la ejecución de derechos de propiedad intelectual. Si bien es importante amparar los derechos de propiedad intelectual, a fin de que las partes obtengan un verdadero valor de su propiedad intelectual, muchas veces tienen que celebrar contratos para desarrollar la propiedad intelectual y para que los terceros puedan beneficiarse de ella. Esas prácticas comerciales entran en el ámbito del derecho mercantil tradicional.

39. Sin embargo, muchos Estados no disponen de regímenes legales específicos para la concesión de licencias de propiedad intelectual o la celebración de contratos en este ámbito en general. A falta de tales regímenes, muchas veces los Estados aplican principios generales del derecho de los contratos. Cabría fomentar el comercio con la propiedad intelectual, especialmente en los Estados con economías en desarrollo y en transición si la legislación les diera orientación en forma de reglas para los contratos comerciales especialmente adaptadas a la propiedad intelectual. Además, en algunos Estados, a falta de otras orientaciones disponibles, se aplican a veces a la propiedad intelectual leyes sobre contratos de comercio concebidas para otros tipos de bienes, como la venta de bienes corporales. Esta práctica puede dar lugar a distorsiones y además recompensa los conocimientos especializados necesarios para excluir las leyes inapropiadas que puedan perjudicar a las pequeñas y medianas empresas. Además en varios foros internacionales hay un creciente interés por regular las prácticas contractuales de propiedad intelectual, aunque sea en situaciones concretas que no afecten a la totalidad de las cuestiones jurídicas pertinentes. Además, en las prácticas comerciales, muchos contratos de propiedad intelectual prevén innumerables derechos de propiedad intelectual, como los programas informáticos, que pueden incluir las patentes, los derechos de autor, las marcas comerciales y los derechos sobre secretos comerciales. Así pues, con un enfoque más coordinado se obtendrían mejores resultados y se evitarían conflictos entre los distintos enfoques.

40. En vista de todo ello, resulta evidente que un texto sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual en que se abordaran de forma exhaustiva y sistemática todas las cuestiones jurídicas que se plantean en el contexto de la concesión de licencias en este ámbito sería útil para las partes que negociaran y redactaran esos contratos, así como para los gobiernos interesados en preparar legislación que regulara estas cuestiones.

3. Viabilidad

41. Al determinar si sería viable elaborar un texto sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual, la Comisión tal vez desee tener en cuenta los diversos textos preparados por otras organizaciones y las consideraciones que se exponen a continuación.

a) Ámbito de aplicación

42. La clave para determinar si es viable elaborar un texto sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual consiste en determinar cuidadosamente el ámbito de aplicación del texto. El texto podría regular no solamente la concesión de licencias de propiedad intelectual sino también los contratos de propiedad intelectual en general (regulando así también las transferencias en este ámbito). El texto también podría regular todas las cuestiones que deben abordarse en un contrato de propiedad intelectual. Más concretamente, el texto podría aplicarse a todos los tipos de propiedad intelectual, en vez de analizar distintas reglas para determinados tipos de propiedad intelectual (por ejemplo, las aplicables a las patentes, los derechos de autor, las marcas comerciales o los secretos comerciales) o para sectores industriales (por ejemplo, la cinematografía, los programas informáticos, los diseños de moda y los productos farmacéuticos). El texto podría centrarse también en reglas comunes de los contratos que fueran aplicables a todos los tipos de propiedad intelectual y a todos los sectores industriales, en vez de tratar de formular reglas específicas para determinados bienes o sectores, lo cual haría aumentar la complejidad del tema.

b) Contenido

43. En un texto sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual cabría abordar diversas cuestiones. Por ejemplo, podría haber que enunciar una definición del concepto de “licencia”, haciendo una distinción entre las licencias exclusivas y las no exclusivas. Además, el texto podría contener una disposición relativa a la autonomía de las partes, siguiendo la pauta del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, así como una disposición sobre la interpretación, siguiendo el modelo del artículo 7 de esa Convención. Además, respecto de la formación de un acuerdo de licencia, cabría aludir a los requisitos generales para la formación de un contrato y a todo requisito suplementario previsto en el régimen de la propiedad intelectual. Además, con respecto a las garantías, el texto podría aludir a las prácticas óptimas en materia de concesión de licencias de propiedad intelectual. En el texto podría figurar también una sección relativa al cumplimiento, que tratara de los derechos y deberes respectivos de las partes (por ejemplo, de la obligación del licenciante de hacer posible la utilización de la licencia por el licenciatarario y de la obligación del licenciatarario de pagar o de cumplir la obligación aceptada). Asimismo, el texto podría abordar las transferencias y enunciar reglas generalmente aplicables (como, por ejemplo, la de que una transferencia debería estar autorizada y permitida en virtud del régimen de la propiedad intelectual o de la regla *nemo dat*). Por último, el texto podría tratar de los remedios o recursos de las partes en caso de incumplimiento del contrato conforme a lo dispuesto en la licencia de propiedad intelectual (como, por ejemplo, la cancelación, el cumplimiento específico y los daños y perjuicios), sin obstaculizar el otorgamiento de todo remedio que prevea el régimen de la propiedad intelectual.

c) Relación con otras disposiciones legales

44. El texto podría basarse en el enfoque que es habitual en el derecho mercantil, consistente en reconocer la autonomía de las partes ofreciendo enfoques de la concesión de licencias de propiedad intelectual que fueran descriptivos, y no prescriptivos, y que habilitaran a las partes, en vez de regular su comportamiento.

La finalidad del texto sería prever reglas de contratación “residuales” que fueran aplicables cuando no prevalecieran reglas específicas como las descritas. Al mismo tiempo, en ese texto habría que remitir a diversas legislaciones, inclusive al régimen de la propiedad intelectual que regule las condiciones y las prácticas específicas en los acuerdos de licencia, al régimen de las operaciones garantizadas, a la legislación sobre la competencia y a las leyes de protección del consumidor.

d) Forma y estructura de la labor

45. Si bien la Comisión puede dejar en manos del Grupo de Trabajo la forma y la estructura exactas de la labor que éste vaya a realizar, tal vez desee señalar que un texto sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual podría revestir la forma de una guía contractual, de una guía legislativa o incluso de una ley modelo. La estructura de tal texto podría seguir la pauta de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y de la Ley modelo del UNIDROIT sobre el arrendamiento y contener, por ejemplo, las siguientes secciones: a) disposiciones generales (definiciones, ámbito de aplicación, autonomía de las partes, e interpretación); b) formación del contrato de propiedad intelectual; c) garantías; d) cumplimiento; e) transferencias; y f) remedios y vías de recurso.

4. Conclusiones

46. La concesión de licencias de propiedad intelectual (o el régimen general de los contratos) es una práctica sumamente importante en la que convergen el régimen de la propiedad intelectual y el derecho de los contratos. Varias organizaciones, en particular la OMPI, han regulado diversos aspectos de la concesión de licencias de propiedad intelectual. Sin embargo, pese a la importancia de estas licencias, ni los textos actualmente existentes ni el régimen de la propiedad intelectual en general ni el derecho de los contratos abordan de forma exhaustiva y sistemática todas las cuestiones jurídicas que se plantean en el contexto de la concesión de licencias de propiedad intelectual.

47. Así pues, la Comisión tal vez desee plantearse la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo (que no sea el Grupo de Trabajo VI, dado que la concesión de licencias de propiedad intelectual no guarda relación con el tema de las operaciones garantizadas) la misión de preparar un texto sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual o el régimen general de los contratos. Dado que en este tema confluyen el derecho mercantil y el régimen de la propiedad intelectual, la Comisión tal vez desee entablar este proyecto en estrecha cooperación con las organizaciones que se ocupan activamente del tema del régimen de la propiedad intelectual, en particular la OMPI. Otra posibilidad consistiría en que la Comisión mantuviera este tema en su futuro programa de trabajo, aplazando su examen hasta otro momento. Por lo pronto, la Comisión tal vez desee estudiar las formas adecuadas de coordinar eficazmente su labor con las organizaciones que se ocupan del tema de la propiedad intelectual, como la OMPI.

F. Aplicación de los textos de la CNUDMI relativos a las operaciones garantizadas

48. La Comisión tal vez desee estudiar su futuro programa de trabajo relacionado con la aplicación de sus textos sobre las operaciones garantizadas. Estos textos son: a) la *Convención sobre la Cesión de Créditos*; b) la *Guía*; y c) el proyecto de suplemento que, según lo previsto, será examinado y adoptado por la Comisión en su actual período de sesiones.

49. En lo que respecta a la *Convención sobre la Cesión de Créditos*, la Comisión tal vez desee tomar nota de que esa Convención ha sido firmada por los Estados Unidos de América, Luxemburgo y Madagascar y que Liberia la ha ratificado. La Comisión tal vez desee tomar nota también de que los Estados Unidos de América están adoptando disposiciones para ratificar la *Convención sobre la Cesión de Créditos* y reiterar su recomendación a todos los Estados de que se planteen la posibilidad de pasar a ser partes en esa Convención. Además, la Comisión tal vez desee estudiar la posibilidad de pedir a la Secretaría que redoble esfuerzos por difundir información y prestar asistencia a los Estados interesados en ser partes en la *Convención sobre la Cesión de Créditos*.

50. La Comisión tal vez desee observar que, si bien en el Reglamento (CE) Núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) no se aborda la cuestión de la ley aplicable a los efectos que tienen para los terceros las cesiones de créditos, la Comisión Europea se está planteando la preparación de un estudio sobre la cuestión. La Comisión tal vez desee pedir a la Secretaría que siga coordinando su labor con la Comisión Europea, a fin de evitar conflictos entre la *Convención sobre la Cesión de Créditos* y los textos que prepare la Comisión Europea sobre la ley aplicable a los efectos que tengan las cesiones de créditos para los terceros (véase también A/CN.9/707, párr. 34).

51. Con respecto a la *Guía*, la Comisión tal vez desee tomar nota de que la *Guía* ya influyó en las recientes reformas de los regímenes de las operaciones garantizadas de Australia y de la República de Corea, así como en el Libro IX del Proyecto de marco europeo común de referencia de los principios, definiciones y reglas modelo de derecho privado europeo. La Comisión tal vez desee tomar nota también de que la *Guía* constituye un valioso instrumento, pues en él se analizan todas las cuestiones que deben abordarse en un régimen de las operaciones garantizadas, se explican todos los enfoques viables con sus respectivas ventajas y desventajas y se hacen recomendaciones a los legisladores.

52. La Comisión tal vez desee observar también que la *Guía* es un útil instrumento no solo para los Estados sino también para las organizaciones internacionales que prestan asistencia para la reforma legislativa en el ámbito de las operaciones garantizadas, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el “Banco Mundial”). A este respecto, la Comisión tal vez desee tomar nota de que la Secretaría hizo llegar observaciones al Servicio de Asesoría sobre Inversión Extranjera (“FIAS”) del Banco Mundial acerca de una versión revisada de la Ley uniforme de la OHADA sobre los valores bursátiles con miras a garantizar su coherencia con la *Guía*. Con el mismo objetivo, la secretaria de la CNUDMI

también hizo llegar comentarios al FIAS acerca del manual del Banco Mundial sobre las operaciones garantizadas (véase A/CN.9/707, párr. 39).

53. Por último, en relación con el proyecto de suplemento de la *Guía*, la Comisión tal vez desee observar que ese proyecto de suplemento podría ser muy útil para los Estados, pues colma los vacíos de la *Guía* en lo que respecta a las garantías reales sobre propiedad intelectual.

54. En vista de todo ello, la Comisión tal vez desee recomendar a los Estados que estudien positivamente la *Guía* y el proyecto de suplemento al revisar o adoptar legislación en materia de operaciones garantizadas. Asimismo la Comisión tal vez desee estudiar la posibilidad de pedir a la Secretaría que intensifique sus esfuerzos de difusión de información y de prestación de asistencia legislativa a los Estados interesados en aplicar la *Guía* y el proyecto de suplemento (véase A/CN.9/695, párr. 24).
