



Asamblea General

Distr. limitada
3 de agosto de 2012
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico)
46° período de sesiones
Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2012

Cuestiones jurídicas relativas al empleo de documentos electrónicos transferibles

Propuesta de los Gobiernos de Colombia, España y los Estados Unidos

Nota de la Secretaría

En el marco de los preparativos para la realización del 46° período de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), los Gobiernos de Colombia, España y los Estados Unidos presentaron a la Secretaría el documento adjunto.

El documento que se adjunta como anexo se reproduce en la forma en que fue recibido por la Secretaría.



Anexo

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Páginas</i>
I. Introducción	1-4	2
II. Documentos electrónicos transferibles	5-15	3
III. Examen previo en la CNUDMI de la cuestión de los documentos electrónicos transferibles	16-20	6
IV. Cuestiones que debe examinar el Grupo de Trabajo	21-45	8
V. Sectores que podrían beneficiarse de la labor en esa esfera	46-53	13

I. Introducción

1. En su 45° período de sesiones, celebrado en Viena del 10 al 14 octubre de 2011, el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) instó a los Estados miembros a que facilitaran a la Secretaría información pertinente para ayudarla a preparar los documentos de trabajo para su siguiente período de sesiones¹. A tal fin las delegaciones de Colombia, España y los Estados Unidos de América han preparado el presente documento.

2. En su 45° período de sesiones el Grupo de Trabajo señaló que no había un marco jurídico internacionalmente aceptado, generalizado y armonizado que regulara los documentos electrónicos transferibles². Sin embargo, según puede verse en el presente documento de trabajo, los documentos electrónicos transferibles se utilizan en la actualidad en diversas operaciones comerciales, nacionales e internacionales, y muchas de las cuestiones jurídicas relacionadas con ellos ya han sido tratadas y resueltas en normas nacionales e internacionales³. Lo que falta es un grado suficiente de armonización a nivel transfronterizo para lograr una mayor eficacia en las operaciones, la financiación y el comercio a nivel internacional. Estos ejemplos podrían servir de modelo para la labor del Grupo de Trabajo, que tiene ahora la oportunidad de preparar normas internacionales que conferirían certeza jurídica al empleo de un documento electrónico transferible.

3. Es precisamente el éxito logrado en varios sistemas nacionales lo que ha sugerido la necesidad de contar con un marco jurídico internacionalmente reconocido para este tipo de documentos. Sin un marco jurídico internacional el creciente ámbito del comercio internacional no puede aprovechar los beneficios logrados mediante los sistemas nacionales⁴.

¹ Véase el párr. 95 del documento A/CN.9/737.

² Véase el párr. 14 del documento A/CN.9/737.

³ Véase el documento A/CN.9/WG.IV/WP.115.

⁴ Si bien los problemas comerciales prácticos que presentan los documentos electrónicos transferibles generalmente son similares en distintos países, parte del desafío será lograr una norma jurídica internacional común que sea aceptable para las distintas tradiciones jurídicas. Como observó el Grupo de Trabajo en su último período de sesiones esto no presentará mayor problema, ya que las normas que regulan los documentos transferibles generalmente son

4. También es importante observar que el uso de los documentos electrónicos transferibles solo es parte de un conjunto más amplio de temas jurídicos relacionados con el comercio electrónico. Entre esos temas se cuentan la gestión de datos de identificación personal y el sistema de ventanilla electrónica única⁵. Es por eso que el examen que hace actualmente el Grupo de Trabajo de los documentos electrónicos transferibles no excluye los otros temas importantes en la esfera del comercio electrónico sino que, en realidad, forma parte de un proyecto más amplio y general sobre el comercio electrónico.

II. Documentos electrónicos transferibles

A. Documentos transferibles

5. “Documento transferible” es un término general que se refiere tanto a un título transferible como a un documento de titularidad transferible. Un documento electrónico transferible es el equivalente electrónico de un documento transferible.

6. Los títulos transferibles son instrumentos financieros que pueden contener una promesa incondicional o una orden a un tercero de pagar una cantidad determinada de dinero al tenedor del título. Como ejemplos de títulos transferibles cabe mencionar los pagarés, las letras de cambio, los cheques y los certificados de depósito.

7. Los documentos de titularidad transferibles son documentos que, en el curso ordinario de los negocios o de la financiación, constituyen una prueba fehaciente de que el tenedor o el titular del documento tienen derecho a recibir, conservar y disponer de él y de las mercancías allí representadas (a reserva de las excepciones que quepa oponer a la ejecución del documento). Como ejemplo de documentos de titularidad cabe citar algunos documentos de transporte, conocimientos de embarque, resguardos de almacén de depósitos en muelle, resguardos o recibos de muelle, recibos de almacén u órdenes de entrega de mercancía.

8. La distinción fundamental entre un título y un documento de titularidad es que el título representa dinero mientras que el documento de titularidad representa mercancía. Por ejemplo, un pagaré es un título transferible que da fe de la obligación de pagar una deuda. Un recibo de almacén negociable es un documento de titularidad que obliga al encargado del almacén a entregar al tenedor del recibo las mercancías almacenadas en su establecimiento.

similares en las distintas tradiciones jurídicas (véase el párr. 53 del documento A/CN.9/737). Además, como la legislación de fondo que rige los documentos transferibles es suficientemente sólida el Grupo de Trabajo debería concentrarse en proveer un mecanismo para que esas normas sustantivas vigentes pudieran aplicarse en un medio electrónico.

⁵ Por ejemplo, el estudio de la responsabilidad de los terceros de confianza y de otros prestadores de servicios es un tema que no solamente tiene relación con los documentos electrónicos transferibles sino también con la gestión de datos de identificación personal y el sistema de ventanilla electrónica única.

B. Distinción entre negociable y no negociable

9. El título transferible y el documento de titularidad transferible pueden ser negociables o no negociables. Un documento transferible es negociable cuando, por las condiciones estipuladas, se paga dinero (título) o se entregan mercancías (documento) al portador o a la persona cuyo nombre consta en el documento. Vale decir que su característica esencial es la posibilidad de transmitir los derechos sobre el dinero o las mercancías con la tradición del documento. Un documento transferible que no confiere estos derechos es un documento no negociable.

10. Normalmente un documento transferible puede negociarse (los derechos pasan con el documento) en forma independiente de los derechos que nacen de la transacción subyacente. En otras palabras, los derechos que se adquieren con la negociación de un documento transferible no están sujetos a las excepciones que nacen de la transacción subyacente que fue la base de la creación de dicho documento transferible⁶. Esta capacidad de transferir los derechos incorporados en el documento libres de las excepciones subyacentes es la diferencia esencial entre la transferencia de un documento transferible y la negociación de un documento transferible.

C. Documentos electrónicos transferibles

11. Tradicionalmente tanto los títulos transferibles como los documentos de titularidad transferibles han sido en papel. Pero en la actualidad hay modelos de documentos transferibles en formato electrónico que están vigentes o en desarrollo en varios ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

12. Por ejemplo, la legislación de los Estados Unidos regula determinados títulos electrónicos transferibles que son negociables⁷. También regula los documentos electrónicos transferibles que son negociables⁸. El empleo de documentos electrónicos transferibles ya lleva casi 20 años en los Estados Unidos, con

⁶ Por ejemplo, cuando un comprador abona la mercancía con un pagaré el hecho de que el comprador tenga un derecho contra el vendedor por defectos en la mercancía no afectará los derechos del tenedor del pagaré. El comprador no podrá accionar contra el tenedor por la calidad de esa mercancía.

⁷ Véase el artículo 16 de la Ley Uniforme de operaciones electrónicas. Solo regula los pagarés electrónicos (instrumentos en el que intervienen dos partes) y no los títulos electrónicos en los que intervienen tres partes (por ejemplo, los cheques y las órdenes de pago). Los pagarés electrónicos también están regulados por la Ley de Firma Electrónica en el Comercio Mundial y Nacional, 15 U.S.C. §§ 7001-7031; sin embargo, en esta norma el uso del pagaré electrónico está limitado a las operaciones inmobiliarias. Los títulos electrónicos transferibles en los que intervienen tres partes no están regulados por ninguna de las dos leyes. Sin embargo, a los fines de una transferencia casi instantánea de fondos, esto se ha logrado por el uso habitual de las transferencias bancarias. También es usual hoy en día, y sigue evolucionando, la utilización del clearing electrónico (el empleo de una copia digital en lugar del instrumento original en el sistema de cobros interbancarios).

⁸ Véase la Ley Uniforme de operaciones electrónicas de los Estados Unidos (artículo 16), el Código de Comercio Uniforme (artículo 7: Documento de titularidad), y la Ley de almacenes.

reglamentaciones federales que regulan el uso de recibos electrónicos de almacenamiento en la industria del algodón⁹.

13. Las medidas adoptadas en algunos países señalan la utilidad y los beneficios de emplear documentos electrónicos negociables o transferibles. Corea ha promulgado legislación y ha creado la infraestructura necesaria para generar títulos electrónicos basados en un registro. La ley del Japón sobre reclamaciones monetarias registradas electrónicamente¹⁰ establece que se considera una réplica electrónica o un sustituto electrónico de los títulos negociables en papel. Esta legislación, con la correspondiente infraestructura basada en un registro, regula un nuevo concepto (las reclamaciones monetarias registradas electrónicamente) que, si bien se han tipificado como una nueva categoría de derechos individuales que se corresponden con una deuda pecuniaria (incluidas las cuentas por cobrar) operará en muchos aspectos como un instrumento financiero electrónico y reemplazará a los instrumentos en papel con una alternativa más rápida, más funcional y más útil¹¹. Estas reclamaciones pecuniarias negociables documentadas en forma electrónica constituyen un instrumento financiero más flexible, no solo por su formato electrónico (con todas las ventajas que de ello se derivan), sino también porque el régimen sustantivo para negociarlos ha sido modificado y adaptado ligeramente para aprovechar las ventajas del medio electrónico. En esa medida se espera que este sistema revolucione la financiación mercantil, especialmente en el caso de las empresas pequeñas y medianas.

14. Colombia también ha promulgado legislación a este respecto. La normativa vigente sobre el comercio electrónico establece el reconocimiento de los documentos electrónicos y de las firmas electrónicas. Estas normas se basan, en gran medida, en las leyes modelo de la CNUDMI. Las normas del comercio electrónico ya permiten la emisión y el archivo de facturas comerciales en forma electrónica¹². Una característica particular de la legislación colombiana es que la factura comercial en papel se considera un título negociable. Una factura comercial puede, por lo tanto, transferirse con todas las consecuencias propias de su carácter negociable, lo que facilita el acceso del emisor a los servicios financieros basados en el descuento de facturas. Por lo tanto la legislación colombiana también permite la emisión y transferencia de facturas electrónicas como un título valor negociable¹³. Hay un proyecto de reglamentación de la emisión y negociación de facturas electrónicas. Este proyecto ha dado una clara indicación del interés y los beneficios de contar con normas sobre documentos electrónicos transferibles tanto para el sector comercial como para el financiero. Si bien todavía no se han aprobado normas específicas sobre esta cuestión, y precisamente dado el mandato otorgado por la Comisión al Grupo de Trabajo, el decreto 19 (de 10 de enero de 2012) del Gobierno Nacional modifica la legislación colombiana sobre el comercio electrónico para permitir que las entidades de certificación emitan certificados para

⁹ Véase el Código de Reglamentaciones Federales de los Estados Unidos, Título 7 – Agricultura, parte 735 – Reglamentaciones para la Ley de almacenes de los Estados Unidos.

¹⁰ Ley núm. 102, de 27 de junio de 2007.

¹¹ La reclamación monetaria registrada electrónicamente se crea en un documento electrónico que se inscribe en una institución y que es transferible a terceros. Esta transferencia es, en principio, equivalente a una negociación.

¹² Ley núm. 962, de 8 de julio de 2005.

¹³ Ley núm. 1231, de 17 de julio de 2008.

la utilización de documentos electrónicos transferibles, como así también presten servicios para su registro, custodia, anotación y archivo.

15. También hay un creciente cuerpo de derecho internacional que reconoce los documentos electrónicos transferibles. Como se afirma más adelante, esto incluye los textos de la CNUDMI¹⁴. Es importante destacar que en su labor relacionada con las Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Convención sobre Comunicaciones Electrónicas) el Grupo de Trabajo decidió expresamente no incluir los documentos transferibles en su ámbito de aplicación¹⁵. Se espera que el Grupo de Trabajo pueda ahora completar esa labor sobre los documentos transferibles, que había postergado.

III. Examen previo en la CNUDMI de la cuestión de los documentos electrónicos transferibles realizados anteriormente por la CNUDMI

16. El Grupo de Trabajo ha tenido en estudio el tema de los documentos electrónicos transferibles prácticamente desde que comenzó a ocuparse de los temas relacionados con el comercio electrónico. Si bien el Grupo de Trabajo ha destacado y analizado la pertinencia de este tema en diversas ocasiones, una línea de trabajo específica ha sido aplazada reiteradamente por diferentes razones.

17. Al preparar la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, de 1996, el Grupo de Trabajo se ocupó de los documentos electrónicos transferibles en una etapa más bien tardía¹⁶. Inmediatamente se percibieron los problemas que ocasionaría la reglamentación de la réplica electrónica de títulos o documentos negociables, y resultó evidente que la mera formulación de los principios generales para la neutralidad de los medios no solucionaría todas las dificultades ni las cuestiones conexas. Sin embargo se propuso incluir en la Ley Modelo un artículo que tratara de los documentos de transporte negociables, que en algunas jurisdicciones hacen las veces de documentos de titularidad de las mercancías. La industria del transporte había comenzado a emplear versiones electrónicas de los documentos de transporte negociables, pero esto se daba sin un sistema regulatorio¹⁷. Sobre esta base, los artículos 16 y 17 de la Ley Modelo contienen un modelo de reglamentación para el

¹⁴ La ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996) y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (2008).

¹⁵ Véase el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas: “La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero”.

¹⁶ Véase el párr. 177 del documento A/CN.9/387; y los párrs. 178 y 179 del documento A/CN.9/406.

¹⁷ Véanse a este respecto las propuestas del Reino Unido (Anexo II al documento A/CN.9/WG.IV/WP.66) y las de los Estados Unidos de América (Anexo al documento A/CN.9/WG.IV/WP.67); los párrs. 115 a 117 del documento A/CN.9/407; y el documento A/CN.9/WG.IV/WP.69.

uso de documentos electrónicos negociables en el contexto del contrato de transporte de mercancías¹⁸.

18. Dados los numerosos interrogantes planteados por los documentos electrónicos transferibles, y los supuestos beneficios de un instrumento que trate este tema, el Grupo de Trabajo alentó la consideración de esta cuestión como un posible tema futuro. A este fin se publicaron algunos documentos, centrando el análisis nuevamente en los documentos de titularidad, pero al mismo tiempo ampliando el ámbito a los sistemas vigentes para la transferencia electrónica de derechos y de intereses sobre mercancías¹⁹.

19. Como el tema de los documentos electrónicos transferibles es importante para el sector del transporte marítimo está tratado en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, de 2008, (“Reglas de Rotterdam”). Las Reglas de Rotterdam forman un marco jurídico para la utilización de documentos de transporte electrónicos (negociables y no negociables) que ha aprovechado extensivamente la labor y los debates de la CNUDMI sobre este tema y sobre los modelos que presentan algunas normas nacionales. Las Reglas de Rotterdam pueden resultar un marco útil para el Grupo de Trabajo cuando amplíe su labor sobre los documentos transferibles. Sin embargo, estas reglas son solo uno de los modelos que merecerían la atención del Grupo de Trabajo, ya que solo tratan de los documentos de transporte y no se ocupan de los problemas que puedan tener una relación general con los títulos y documentos negociables²⁰.

20. Como se mencionó anteriormente (párr. 15 *supra*), también se examinó el tema de los documentos electrónicos transferibles en ocasión de las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. En esta Convención los documentos negociables se dejaron una vez más de lado, ya que en el artículo 2 quedaron expresamente excluidos del ámbito de aplicación²¹. Los principales motivos de esta exclusión fue considerar que excedía el mandato del Grupo de Trabajo, como así también la opinión de que todavía no se habían desarrollado plenamente los elementos esenciales de un régimen jurídico de los documentos electrónicos transferibles²². El Grupo de Trabajo consideró que este tema era importante y había que profundizar su estudio. Por lo tanto la nota explicativa específica: “la Convención no es aplicable a los instrumentos negociables ni a los documentos de titularidad, a causa de la especial dificultad que plantearía la creación de un

¹⁸ La Segunda Parte de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 ha servido de inspiración, por ejemplo, a la Tercera Parte de la Ley Uniforme de comercio electrónico del Canadá.

¹⁹ Véanse el párr. 106 del documento A/CN.9/421 y el documento A/CN.9/WG.IV/WP.90.

²⁰ Entre los sistemas cerrados, privados, de documentos electrónicos (documentos de transporte) está el sistema BOLERO (Organización del Registro Electrónico de los Conocimientos de Embarque), administrado por un consorcio de bancos, que ya ha madurado y puede resultar de utilidad para profundizar el estudio de los documentos transferibles. La experiencia con BOLERO sugiere que, de examinar el Grupo de Trabajo cuestiones de registro, podría considerar los derechos de terceros oponibles al titular del derecho en un sistema registral.

²¹ Véase la nota 15 *supra*.

²² Véase el Texto-Nota explicativa, párr. 81, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

equivalente electrónico de la negociabilidad de documentos sobre papel, para lo cual habría que formular reglas especiales”²³. La tarea que se ha encomendado ahora al Grupo de Trabajo es la continuación lógica y natural de una línea de trabajo que quedó inconclusa en otros períodos de sesiones; además, a este respecto han tenido lugar avances significativos en las legislaciones nacionales y en la práctica.

IV. Cuestiones que debe examinar el Grupo de Trabajo

A. Cuestiones señaladas en otros trabajos de la CNUDMI

21. En el curso de los debates sobre los instrumentos mencionados anteriormente fueron señaladas algunas de las cuestiones y los problemas que se deberán examinar en relación con las normas aplicables a los documentos electrónicos transferibles. Algunos de ellos se relacionan directamente con las características que se deberían tener en cuenta en el marco jurídico para la emisión y utilización de documentos electrónicos transferibles²⁴. Éstos se refieren a las condiciones necesarias para la creación de documentos electrónicos transferibles, los tipos de documentos transferibles negociables que puedan emitirse en formato electrónico (títulos financieros, documentos de titularidad, etc.), las condiciones de la transferencia, la identificación del tenedor y las normas requeridas a tal fin, así como la precisa determinación de los derechos incorporados en el documento (algo que, sin embargo, se refiere al aspecto sustantivo de los títulos negociables)²⁵.

22. También se plantearon cuestiones sobre problemas que pueden considerarse secundarios al tema de los documentos electrónicos transferibles y comunes al empleo de medios electrónicos para fines comerciales, pero que sería muy conveniente que el Grupo de Trabajo las estudiara. Entre estos temas se cuentan la responsabilidad de terceros proveedores de servicios, la responsabilidad por errores en las comunicaciones realizadas mediante el empleo de “agentes electrónicos” (sistemas automatizados)²⁶ o, en general, la función y responsabilidad de los terceros confiables y otros intermediarios en la transferencia de documentos o derechos (o en la ejecución de operaciones similares). La labor que podría realizar el Grupo de Trabajo en relación con estas cuestiones también beneficiaría a otras cuestiones claramente relacionadas con el uso de documentos electrónicos transferibles, como por ejemplo la gestión de datos de identificación personal en un contexto electrónico (algo que es crucial para el carácter negociable en el espacio digital) o el cumplimiento de las formalidades documentales en las operaciones de exportación e importación (relacionados con la aduana y con la viabilidad de sistemas basados en una ventanilla electrónica única).

²³ Véase el Texto-Nota explicativa, párr. 7, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Véanse también los párrs. 88 y ss. del documento A/CN.9/484.

²⁴ Véase la sección IV b) del presente documento. Véanse también los párrs. 88 y ss. del documento A/CN.9/484.

²⁵ El Grupo de Trabajo no abordará el tema de los derechos sustantivos subyacentes en esos títulos y documentos.

²⁶ Véanse los párrs. 11 a 13 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4.

23. Con anterioridad el Grupo de Trabajo había examinado el régimen jurídico para el empleo de documentos electrónicos transferibles en relación con otros temas, como por ejemplo la documentación comercial, vale decir el conocimiento de embarque, la gestión de datos de identificación personal, los sistemas de ventanilla electrónica única, etc., ya que todos ellos comparten numerosas cuestiones jurídicas. Estos temas conexos generalmente comprenden temas relacionados con la transferencia por un medio electrónico de derechos individuales o derechos de propiedad sobre bienes tangibles o intangibles²⁷. Cada uno de ellos tiene algún aspecto que será pertinente para el examen de cuestiones relativas a los documentos transferibles.

B. Principios básicos

24. En las deliberaciones de su 45° período de sesiones el Grupo de Trabajo especificó al menos cinco principios básicos que son necesarios para los documentos electrónicos transferibles: i) la equivalencia electrónica de la escritura; ii) la equivalencia electrónica de la firma; iii) la unicidad y la garantía de singularidad; iv) la transmisión de derechos; y v) la identificación y la autenticación del tenedor²⁸.

25. Para cada una de estas cuestiones hay modelos vigentes que el Grupo de Trabajo puede tener interés en considerar.

1. Escritura

26. Si bien probablemente sea una de las cuestiones menos problemáticas que deben abordarse, la cuestión del equivalente electrónico de la escritura es un elemento esencial del documento electrónico transferible. En el pasado se entendía que los documentos transferibles debían ser por escrito y estar firmados. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico reconoce que la doctrina flexible del “equivalente funcional” basta para sustituir el requisito de que el documento sea por escrito²⁹. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y las Reglas de Rotterdam también adoptan este principio³⁰. Esta conclusión está bien establecida en varias leyes nacionales de comercio electrónico, muchas de ellas inspiradas en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI.

2. Firma

27. Como ocurre con la escritura, hay una copiosa legislación nacional e internacional que adopta para las firmas la norma del equivalente funcional, como por ejemplo la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

²⁷ Véanse el párr. 83 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.69 y el párr. 61 del documento A/CN.9/421.

²⁸ Véase el documento A/CN.9/WG.IV/WP.115.

²⁹ Véanse los artículos 5 a 10 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

³⁰ Véanse la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y las Reglas de Rotterdam.

28. Sin embargo, también existen argumentos, por ejemplo en las Reglas de Rotterdam, para prescindir del requisito de la firma en el caso del documento transferible. En este último caso se presume que la función de la firma es probar el derecho de propiedad y de transferencia, y cuando rige el concepto de “control”, consagrado en estas normas, éste ya cumple esa función y no se requiere la firma.

29. Cualquiera de los criterios tiene mucho en su favor, y existen numerosos modelos funcionales tanto en el derecho internacional como en los derechos nacionales que el Grupo de Trabajo podrá analizar.

3. Unicidad y garantía de singularidad

30. Con los documentos transferibles tradicionales en papel se presume que solo existe un ejemplar original y singular del documento³¹. Esta presunción no es necesariamente compatible con el documento electrónico transferible. En la actualidad existen dos modelos que hacen a la unicidad y la garantía de singularidad de esos documentos: i) el sistema de registro y ii) el sistema de símbolos (tokens).

31. En el sistema de registro la creación, emisión y transmisión de un documento electrónico transferible se inscriben en un registro central. Como el registro asienta los derechos del documento electrónico transferible a favor de la parte que tiene esos derechos no hay razón para requerir un documento original y singular que los acredite. Además, en la medida en que la doctrina del control reemplaza la necesidad de la posesión material, como se expone más adelante, el registro también cumple el requisito del control.

32. Los sistemas de registro son muy comunes hoy en día y están bien desarrollados y son eficaces³². Por ejemplo, en los Estados Unidos el artículo 16 de la Ley Uniforme de operaciones electrónicas establece un sistema de registro para el empleo de títulos electrónicos transferibles³³. El Código de Comercio Uniforme también ha regulado los valores mobiliarios en formato electrónico respondiendo a una solicitud del sector de financiación de la industria automotriz para que se fomente su uso³⁴. Ambas leyes han favorecido el éxito de los documentos electrónicos transferibles en los Estados Unidos.

³¹ Desde ya que existen numerosas disposiciones jurídicas que tratan del problema del fraude y la falsificación del documento en papel.

³² En el presente documento el examen queda limitado a los sistemas de registro para los documentos electrónicos transferibles. También hay ejemplos de registros internacionales exitosos para las garantías reales. El más conocidos es el registro de aeronaves para la Convention on International Interests in Mobile Equipment (“Cape Town Convention”), que establece un registro para el fletamento y las garantías reales de las aeronaves. Otro ejemplo es el artículo 9 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos: Operaciones seguras, artículos 9-105 (que regula los valores mobiliarios en formato electrónico), que fue promulgado en respuesta a solicitudes del sector de financiación de la industria automotriz para favorecer la utilización de documentos electrónicos.

³³ En los comentarios oficiales se señala que “un sistema basado en un registro administrado por un tercero es posiblemente la forma más eficaz de cumplir los requisitos [...] de que el documento [electrónico] transferible siga siendo único, identificable e inalterable, al tiempo que ofrece la forma de garantizar que quede claramente anotado e identificado el beneficiario de la transferencia”.

³⁴ Véase el artículo 9-105 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos.

33. La experiencia de los Estados Unidos con registros para documentos electrónicos negociables comenzó ya hace 20 años, con la introducción del registro electrónico federal para los recibos de almacén del algodón.

34. Otro ejemplo de sistema registral nacional para los documentos electrónicos transferibles es la ley comercial de la República de Corea, que admite el conocimiento de embarque electrónico y establece la equivalencia legal entre los documentos en papel y los electrónicos, administrados por un registro de títulos electrónicos³⁵.

35. Por lo que respecta a la unicidad y singularidad, un segundo modelo es el sistema de símbolos (tokens); este símbolo es el equivalente electrónico de un documento original en papel. Hace mucho que se reconoce la posibilidad de que el símbolo (token) electrónico sea el equivalente de un documento original en papel. Así es que, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico reconoce la necesidad de contar con un original electrónico, pero no especifica la manera de proceder para lograrlo: simplemente exige que “se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos”³⁶.

36. También el artículo 9 de las Reglas de Rotterdam establece la posibilidad de un documento electrónico transferible que sea original y singular. Sin especificar la forma en que esto se puede lograr, las Reglas de Rotterdam dejan a discreción de las partes la elaboración de un procedimiento que cumpla con determinados requisitos en lugar de estipular un mecanismo determinado que deba aplicarse en todos los casos³⁷.

37. Por el contrario, si bien cuando el Grupo de Trabajo redactó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales reconoció la singularidad como un requisito de los documentos electrónicos transferibles, también reconoció que encontrar una solución a ese problema requería una combinación de soluciones jurídicas, tecnológicas y comerciales que todavía no habían sido plenamente desarrolladas ni probadas. Por eso, como vimos anteriormente, esta Convención evitó la cuestión al excluir de su ámbito de aplicación los documentos electrónicos transferibles³⁸.

4. Posesión material y transferencia de derechos por tradición

38. Se han desarrollado modelos que están en funcionamiento para el equivalente funcional de la posesión física y la transferencia de derechos por tradición. Esto se logra con el concepto de “control” en la mayoría de los modelos jurídicos que regulan los documentos electrónicos transferibles. Se considera que la persona que tiene el control del documento electrónico transferible es el tenedor, que está facultado a ejercer los derechos establecidos en ese documento. Cuando el control de un documento electrónico transferible sustituye a la posesión del documento de

³⁵ Véanse los párrs. 26 a 46 del documento A/CN.9/692.

³⁶ Véase el artículo 17 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI.

³⁷ Véase el artículo 9 de las Reglas de Rotterdam (“[e]l empleo de un documento electrónico de transporte negociable deberá observar ciertos procedimientos”).

³⁸ Véase el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

papel transferible, la transmisión del control sustituye a la tradición del documento. Según los modelos actuales el control también se puede lograr mediante los sistemas de símbolo (token) y de registro³⁹.

39. Según el modelo de símbolo (token), la identidad de la persona que ejerce el control del documento electrónico transferible (el tenedor) figura en el documento propiamente dicho, y los cambios de titularidad (por ejemplo cesiones) se asientan modificando directamente el documento electrónico. Según este modelo, para determinar la identidad del titular del documento se requiere que el sistema mantenga una cuidadosa supervisión del documento electrónico en sí mismo, como así también del procedimiento de transferencia del control. Al igual que ocurre con el documento transferible en papel, puede ser necesario establecer garantías de seguridad o salvaguardias para garantizar la existencia de un único “ejemplar fehaciente”, que no pueda copiarse ni alterarse, y al que quepa remitirse para determinar la identidad del titular (así como lo estipulado en el documento electrónico transferible propiamente dicho).

40. En el modelo registral la identidad del titular del documento electrónico transferible se asienta en un registro independiente. Según este modelo establecer la titularidad del documento requiere control sobre el registro. El carácter original de un ejemplar del documento electrónico es aquí menos importante o relevante siempre que haya otra forma de verificar la integridad del documento electrónico transferible asentado en el registro.

41. Este modelo ha demostrado ser un método eficaz y eficiente para obviar el requisito de la posesión física del documento en las operaciones electrónicas. Por ejemplo, en materia de valores bursátiles, reconociendo que en el mundo moderno no es práctico transferir diariamente millones de acciones en papel de valores bursátiles, en 1992 los Estados Unidos introdujeron en su legislación el concepto de “control” para sustituir explícitamente la posesión material y la tradición de los valores bursátiles⁴⁰. Y lo que es importante, el Convenio del Unidroit sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (Ginebra, 2009) prevé el reconocimiento de un “acuerdo de control”.

42. Ocurre lo mismo en los Estados Unidos, donde durante la última década la legislación que rige las operaciones garantizadas en el ámbito de la propiedad

³⁹ Varios sistemas jurídicos que regulan los documentos electrónicos transferibles han adoptado, o han adaptado, un modelo de registro. Un ejemplo en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos es el artículo 16 de la Ley Uniforme de operaciones electrónicas (relativo a los instrumentos electrónicos transferibles) que establece sistemas registrales. En los comentarios oficiales se señala que “un sistema basado en un registro administrado por un tercero es posiblemente *la forma más eficaz* de cumplir los requisitos [...] de que el documento [electrónico] transferible siga siendo único, identificable e inalterable, al tiempo que ofrece la forma de garantizar que quede claramente anotado e identificado el beneficiario de la transferencia”.

Otra ley nacional que ha adecuado un sistema registral es el artículo 862 de la Ley Comercial coreana revisada, promulgada el 3 de agosto de 2007 (Ley núm. 9746), que permite el uso del conocimiento de embarque electrónico. Establece la equivalencia legal entre un conocimiento de embarque consignado en papel y uno electrónico asentado en un registro de títulos electrónicos.

⁴⁰ Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos § 8-106.

privada individual ha establecido el “control” sobre los activos intangibles que serían tangibles de no existir en formato electrónico⁴¹.

43. Por lo que se refiere específicamente a los documentos electrónicos transferibles negociables, la legislación de los Estados Unidos ha extendido el concepto de control para abarcar tanto los títulos electrónicos transferibles⁴² como los documentos electrónicos transferibles⁴³. Otras leyes nacionales, como la ley comercial de la República de Corea, también prevén el “control” como una forma de posesión y transferencia de los documentos electrónicos de titularidad⁴⁴.

44. Las Reglas de Rotterdam también se basan en el control para cumplir con los requisitos de posesión y transferencia de los documentos electrónicos transferibles⁴⁵. Vale decir que, además de los modelos nacionales vigentes, también hay un reconocimiento internacional de que la doctrina del “control” cumple con los elementos de posesión y de transferencia en el caso de los documentos transferibles en las operaciones electrónicas. Si bien las Reglas de Rotterdam todavía no están en vigor y no aportan experiencia práctica en la materia, los ejemplos nacionales mencionados sí han demostrado ampliamente su utilidad.

5. Identificación y autenticación del tenedor

45. Cuando se emplea el control como sustituto de la posesión la parte que tiene el derecho de control queda automáticamente identificada, con lo cual ya no es necesario demostrar la identidad del tenedor, que antes se probaba con la posesión del título o documento. Para lograrlo se puede incorporar la prueba de la identidad de esa persona en el ejemplar autorizado, o se puede asociar ese ejemplar autorizado a un método que permita rastrear la identidad de esa persona, como por ejemplo un registro, de modo que quien consulte el ejemplar autorizado también quede alertado y tenga prueba del control. Por eso el concepto de “control” generalmente se define centrándose en la identidad de la persona facultada para ejercer los derechos establecidos en el documento electrónico transferible.

V. Sectores que podrían beneficiarse de la labor en esta esfera

46. La labor de la CNUDMI en materia de documentos electrónicos transferibles mejorará la práctica en los sectores que usualmente emplean este tipo de documento, y creará un entorno para que otros sectores puedan comenzar a utilizarlos. Más adelante se dan ejemplos de algunos de estos sectores. Es de esperar

⁴¹ Véase el artículo 9 del Código Comercial Uniforme: Operaciones garantizadas.

⁴² Véanse la Ley Uniforme de operaciones electrónicas, artículo 16 (documentos transferibles) y la Ley de firmas electrónicas en el comercio global y nacional, artículo 201 (documentos transferibles). Desde que se promulgó la Ley Uniforme de operaciones electrónicas se ha desarrollado en el país un amplio sector inmobiliario que prevé la utilización de la forma electrónica para el crédito hipotecario y los pagarés que lo acompañan, mediante el Mortgage Electronic Records System.

⁴³ El Código Uniforme Comercial, artículo 7-106 (control del documento de titularidad electrónico), artículo 7-501 b) (recibo de almacén y conocimiento de embarque, negociación y transferencia).

⁴⁴ Véase el artículo 862 de la Ley Comercial coreana reformada, promulgada el 3 de agosto de 2007 (Ley núm. 9746) (artículo que admite el conocimiento de embarque electrónico).

⁴⁵ Véanse los párrafos 21 y 22 del artículo 1, y los artículos 50 y 51 de las Reglas de Rotterdam.

que en el curso de los debates del Grupo de Trabajo se puedan señalar otros sectores.

47. Debe tenerse en cuenta que lograr una mayor armonía y eficiencia en esta esfera del comercio puede dar un impulso a las economías en desarrollo tanto por adoptar una legislación moderna y eficiente en el comercio electrónico como por facilitar el comercio con la supresión de los obstáculos que representan las diferencias entre las leyes mercantiles de los socios comerciales.

A. Documentos de titularidad

48. En las economías agropecuarias los recibos de almacén electrónicos permitirán una mayor financiación garantizada por las mercancías almacenadas⁴⁶. La experiencia en los mercados agropecuarios nacionales donde se han utilizado estos recibos permite apreciar que algunas de ventajas de utilizar recibos electrónicos en lugar de recibos en papel son los menores costos de la transacción, la simplificación de la transferencia, la mayor seguridad para el tenedor y, en general, la mayor utilización de los recibos de almacén. Para los productores agropecuarios esto equivale a obtener beneficios notablemente mayores de la utilización de recibos de almacén, entre los que se encuentran un acceso más amplio al crédito, con montos mayores, la capacidad de responder a diferentes niveles de oferta y demanda provocados por las condiciones fluctuantes del mercado y la posibilidad de vender a granel y, por lo tanto, conseguir mayores réditos por el volumen. Los compradores también ganan al poder comprar a granel y regular la calidad de la mercancía. Todos estos beneficios destacan la importancia del recibo electrónico de almacén, especialmente en una economía agropecuaria en desarrollo, donde actualmente no son muy utilizados.

49. En el preámbulo de las Reglas de Rotterdam se expresa preocupación porque el actual régimen jurídico aplicable al transporte marítimo internacional de mercancías no tiene debidamente en cuenta las prácticas de transporte modernas, entre ellas la utilización de documentos electrónicos de transporte. Por lo tanto, en uno de sus capítulos (el capítulo 3) dedicado a los documentos electrónicos de transporte, se reconoce que las partes pueden utilizar conocimientos de embarque en papel o electrónicos. Este Grupo de Trabajo tal vez desee examinar normas aplicables al empleo de documentos electrónicos de transporte fuera del ámbito de las Reglas de Rotterdam, como así también normas que podrían reforzar las disposiciones pertinentes de las Reglas de Rotterdam.

B. Títulos

50. Los documentos electrónicos transferibles se están utilizando actualmente en operaciones financieras que dependen de la postergación del pago o del descuento de créditos, como por ejemplo las líneas de crédito que ofrecen los bancos⁴⁷.

⁴⁶ Henry Gabriel, "Warehouse Receipts and Securitization in Agricultural Finance" 17 Uniform Law Review 369 (2012).

⁴⁷ Como una forma de financiación del comercio los bancos suelen descontar los créditos comerciales. Esta estructura también se utiliza en los servicios de factoraje. Este tipo de

Generalmente se emite un título negociable (como por ejemplo un pagaré); sin embargo, a veces se evita el uso de un título negociable por el peso administrativo que representa el procesamiento del papel requerido para estas operaciones. En su lugar las entidades recurren al simple “descuento de facturas” o “cuentas por cobrar”, que consisten en una mera cesión de crédito. Con la facultad de emitir títulos electrónicos negociables válidos se darán condiciones más seguras para la transferencia de créditos y mecanismos más eficaces para la reclamación de pagos que dependen de formas exentas de las trabas que presenta la forma escrita⁴⁸.

51. La emisión y transferencia electrónica de documentos negociables también tendrá consecuencias para los servicios u operaciones que dependen del uso de créditos personales o de títulos negociables como garantía. En general, todos los servicios u operaciones que implican la postergación del pago como una forma de financiación para el deudor se benefician con la posibilidad de transferir derechos en forma electrónica.

52. Los documentos electrónicos transferibles también serán una ventaja para el crédito hipotecario⁴⁹. El deudor hipotecario emite pagarés electrónicos que se reúnen en un conjunto de documentos electrónicos que se relacionan con el préstamo. La seguridad que aporta el hecho de que para el pago se utilicen títulos negociables hace posible, entre otras cosas, la adquisición del préstamo por intermediarios y su reventa en el mercado secundario⁵⁰. Los sistemas actualmente vigentes emplean registros que son controlados por las instituciones adquirentes o intermediarias mediante auditorías y acreditaciones. El régimen sustantivo en este sistema electrónico es esencialmente el mismo que el aplicable a los títulos en papel. Lo mismo ocurre con muchas instituciones de educación, que ofrecen la posibilidad de financiar las tasas universitarias mediante pagarés emitidos en forma electrónica⁵¹. Es importante tener en cuenta que los documentos electrónicos transferibles no se comenzaron a utilizar en los créditos hipotecarios hasta que no hubo un marco jurídico que los regulara. También se debe tener en cuenta que ese mismo tipo de documentos puede servir de base para el desarrollo de nuevos modos de financiación todavía no imaginados.

servicios suele requerir la presentación de facturas o de otro documento que pruebe la transacción que da origen al crédito.

⁴⁸ En una encuesta realizada entre las entidades bancarias españolas (en la que figuraban la Asociación Española de Banca y la Confederación Española de Cajas de Ahorros) el 100% de quienes respondieron afirmaron que brindaban servicios financieros basados en el empleo de instrumentos negociables. El 83% de ellos afirmó que dichos servicios eran “muy frecuentes” (el otro 17% los calificó como “usuales”). Además, el 100% afirmó que brindaban servicios de descuento de créditos (o que implicaban la utilización de créditos como garantía) que no recurrían a la emisión o transferencia de documentos negociables. El 66% de ellos afirmó que lo hacían debido a los inconvenientes derivados de la necesidad de depender de un papel para el ejercicio o la transferencia de derechos. Todos afirmaron que habían encontrado o que encontrarían beneficios de una legislación que regulara expresamente el uso de títulos electrónicos negociables o la transferencia electrónica de derechos con resultados o condiciones equivalentes.

⁴⁹ Véase la nota 42 *supra* que menciona la experiencia pertinente en los Estados Unidos.

⁵⁰ Como se afirmó en una sección anterior, esto se hace mediante el Mortgage Electronic Registration System regido por el marco jurídico establecido por los Estados Unidos.

⁵¹ La oficina federal de ayuda al estudiante, del Ministerio de Educación de los Estados Unidos, administra un programa para financiar los gastos y las tasas de educación que depende de la utilización de pagarés.

53. Otros sectores también se pueden beneficiar de los documentos electrónicos transferibles y de la transferencia electrónica de derechos. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar las empresas cuyos servicios en alguna medida dependen de la transferencia de documentos o derechos. Por ejemplo, las operaciones que implican una garantía independiente o una carta de crédito también se benefician de la utilización de documentos transferibles.
