

todas las disposiciones relativas a una pluralidad de emplazamientos comerciales en una sola disposición dentro del marco del artículo 6, caso de juzgarse que el mismo criterio es apropiado en todos los casos (véase observación 2 al artículo 4).

2. Se ha añadido la frase entre corchetes para invitar al examen de una sugerencia hecha en el 15.º período de sesiones (A/CN.9/345, párrafo 99, sobre la base de los debates que figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.71, párrafos 32 y 38).

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su 17.º período de sesiones (Nueva York, 6 a 16 de abril de 1992) (A/CN.9/361) (Original: inglés)

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-12
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES	13
II. EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA LEY UNIFORME DE LAS CARTAS DE GARANTÍA INTERNACIONALES	14-144
CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES	14-99
Artículo 14. Reclamación de pago	14-23
Artículo 15. Notificación de la reclamación de pago	24-29
Artículo 16. Examen de la reclamación de pago	30-43
Artículo 17. Pago o denegación del mismo	44-63
Artículo 18. Solicitud de prórroga o pago	64-73
Artículo 19. Reclamación indebida	74-91
Artículo 20. Compensación	92-99
CAPÍTULO V. MEDIDAS JUDICIALES PROVISIONALES	100-121
Artículo 21. Mandamiento conminatorio preventivo contra el garante	100-114
Artículo 22. Mandamiento conminatorio preventivo contra el beneficiario ..	115-118
Artículo 23. Principios relativos a los procedimientos preventivos	119-121
CAPÍTULO VI. JURISDICCIÓN	122-132
Artículo 24. Elección del tribunal o de la vía arbitral	125-128
Artículo 25. Determinación de la competencia	129-132
CAPÍTULO VI. LEY APLICABLE A LA CARTA DE GARANTÍA	133-144
Artículo 26. Elección de la ley aplicable	133-139
Artículo 27. Determinación de la ley aplicable	140-144
III. FORMA FUTURA DE LA LEY UNIFORME	145-149
IV. OTROS ASUNTOS	150

INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con una decisión adoptada por la CNUDMI en su 21.º período de sesiones¹, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales dedicó su 12.º período de sesiones a examinar el proyecto de Reglas

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarentésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/43/17), párrafo 22.

Uniformes relativas a las garantías que estaba preparando la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y con la conveniencia y viabilidad de la labor futura encaminada a obtener una mayor uniformidad en el plano legal con respecto a las garantías y las cartas de crédito contingente (A/CN.9/316). El Grupo de Trabajo recomendó que se iniciara la preparación de una ley uniforme, estructurada como ley modelo o como convención.

2. La Comisión, en su 22.º período de sesiones, aceptó la recomendación del Grupo de Trabajo de que se iniciara la preparación de una ley uniforme y encomendó esa tarea al Grupo de Trabajo².

3. En su 13.º período de sesiones (A/CN.9/330), el Grupo de Trabajo comenzó su labor examinando las cuestiones que posiblemente abarcaría una ley uniforme, que se analizaban en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.65). Esas cuestiones se referían al ámbito sustantivo de la ley uniforme, la autonomía de la voluntad de las partes y sus límites y las posibles reglas de interpretación. Los miembros del Grupo de Trabajo también intercambiaron opiniones sobre cuestiones relativas a la forma y el momento de constitución de una garantía o una carta de crédito contingente. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, en su 14.º período de sesiones, le presentara un anteproyecto de artículos sobre las cuestiones examinadas acompañado de posibles variantes y de una nota en que se indicaran otras cuestiones que tal vez pudieran incluirse en la ley uniforme.

4. En su 14.º período de sesiones (A/CN.9/342), el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículos 1 a 7 de la ley uniforme preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.67). Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara un proyecto revisado de los artículos 1 a 7 de la ley uniforme. El Grupo de Trabajo también examinó las cuestiones señaladas en una nota de la Secretaría relativa a la modificación, la transferencia, la extinción y las obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68). Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara un anteproyecto de artículos sobre las cuestiones examinadas. Se tomó nota de que la Secretaría presentaría al Grupo de Trabajo, en su 15.º período de sesiones, una nota sobre las demás cuestiones que debería abarcar la ley uniforme, entre ellas el fraude y otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales, conflictos de leyes y cuestiones de competencia.

5. En su 15.º período de sesiones (A/CN.9/345), el Grupo de Trabajo examinó ciertas cuestiones relativas a las obligaciones del garante. Esas cuestiones se habían tratado en la nota de la Secretaría relativa a la modificación, la transferencia, la extinción y las obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68), que se había presentado al Grupo de Trabajo en su 14.º período de sesiones pero que éste no había examinado por falta de tiempo. El Grupo de Trabajo examinó entonces las cuestiones analizadas en la nota de la Secretaría relativa al fraude y otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales (A/CN.9/WG.II/WP.70). También pasó revista a las cuestiones tratadas en una nota de la Secretaría relativa a los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia (A/CN.9/WG.II/WP.71). Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara un anteproyecto de artículos sobre dichas cuestiones.

6. En su 16.º período de sesiones (A/CN.9/358), el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículos 1 a 13 de la ley uniforme preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.73).

7. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 17.º período de sesiones en Nueva York del 6 al 16 de abril de 1992. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Bulgaria, Camerún, Canadá, Checoslovaquia, China, Chipre, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Nigeria y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Albania, Argelia, Australia, Austria, Bahamas, Brasil, Côte d'Ivoire, Ecuador, Etiopía, Finlandia, Gabón, Guinea-Bissau, Haití, Indonesia, Pakistán, Paraguay, Polonia, República Unida de Tanzania, Rumania, Santa Sede, Senegal, Sudán, Suecia, Suiza, Tailandia, Ucrania, Uganda y Viet Nam.

9. También asistieron al período de sesiones observadores de las organizaciones internacionales siguientes: Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Federación Bancaria de la Comunidad Europea y Cámara de Comercio Internacional (CCI).

10. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. J. Gauthier (Canadá)

Relator: Sr. A. Ogarrio (México).

11. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los documentos siguientes: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.72) y una nota de la Secretaría que contenía el anteproyecto de artículos de la ley uniforme sobre cartas de garantía internacionales (A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1).

12. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de una ley uniforme sobre cartas de garantía internacionales.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

13. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículos 14 a 27 de la ley uniforme preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1). En el capítulo II figura una reseña de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas conclusiones, preparara un proyecto revisado de los artículos 14 a 27 de la ley uniforme.

²Ibid., cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/44/17), párrafo 244.

II. EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA LEY UNIFORME DE LAS CARTAS DE GARANTÍA INTERNACIONALES

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Artículo 14. Reclamación de pago

14. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 14 redactado de la manera siguiente:

“Toda reclamación de pago de la carta de garantía deberá ser presentada por algún medio previsto en el párrafo 1 del artículo 7 y de conformidad con las cláusulas de la carta de garantía. En particular, esa reclamación deberá ser presentada, y recibida por el garante, dentro del período de validez de la carta de garantía y deberá ir acompañada de cualquier declaración o documento requerido por la carta de garantía [o por la presente Ley]. [De no requerirse ninguna declaración o documento, se considerará que el beneficiario, al reclamar el pago, está acreditando implícitamente que ese pago es debido.]”

Primeras dos oraciones

15. En cuanto a las palabras “reclamación de pago”, se expresó la preocupación de que el proyecto de artículo podría reflejar en medida insuficiente la práctica de las cartas de crédito contingente. Se explicó que el beneficiario de una carta de crédito contingente, al reclamar el pago, con frecuencia presentaría una letra de cambio (o “giro”) en cuyo caso el beneficiario no haría una reclamación formal de pago. Hubo acuerdo en el Grupo de Trabajo en el sentido de que debía redactarse nuevamente la disposición de manera de abarcar todas las formas posibles en que podría reclamarse el pago al garante.

16. En cuanto a las palabras “cualquier declaración o documento requerido por la carta de garantía [o por la presente Ley]” se expresó la preocupación de que podría mal interpretarse la disposición actual en el sentido de reconocer las demandas de pago acompañadas de declaraciones no documentarias. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 16.º período de sesiones, había decidido que las disposiciones de la ley uniforme se centraran en los instrumentos que contuvieran sólo condiciones documentarias (véase A/CN.9/358, párrafo 61).

17. En cuanto a las palabras “recibida por el garante”, se dijo que la redacción actual podría no comprender claramente las situaciones en que se reclamara el pago no directamente del garante ni de un banco confirmante sino de otro banco, que podría ser o un banco designado específicamente en el texto de una carta de crédito contingente como agente del garante o de cualquier otro banco, en el caso infrecuente en que se emitiera una carta de crédito contingente en forma libremente negociada.

18. Se observó que el artículo 19 del proyecto de Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación, que estaba preparando la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuyo modelo seguía el artículo 14 del proyecto de ley uniforme, mencionaba el lugar en que debía presentarse la reclamación de pago. Hubo acuerdo en gene-

ral en que debía agregarse al texto del artículo 14 una mención que siguiera ese lineamiento general.

Tercera oración

19. Se recordó que la oración entre corchetes había sido agregada para aclarar, especialmente en el caso de una carta de garantía pagadera a su mera reclamación, que cualquier reclamación de pago implicaba la aseveración de que debía hacerse el pago, como podría, por ejemplo, ser pertinente para determinar si la reclamación era improcedente con arreglo al artículo 19.

20. Se expresaron opiniones diferentes en cuanto a la forma en que la ley uniforme debía dar cabida a las cartas de garantía pagaderas a su mera reclamación. Según una opinión la ley uniforme debía centrarse en las cartas de garantía pagaderas a la presentación de documentos en relación con el incumplimiento de la obligación comercial básica. Se sugirió así que se redactara el artículo 14 en forma ajustada al artículo 20 del proyecto de Reglas Uniformes de la CCI en el sentido de que el beneficiario tuviera por lo menos que presentar una declaración de buena fe acerca del incumplimiento del solicitante de la garantía, a menos que la carta de garantía dispusiera expresamente otra cosa.

21. Sin embargo, la opinión predominante fue que no correspondería que un texto legislativo como la ley uniforme estimulara o desalentara el uso de un tipo específico de carta de garantía. Se recordó que las cartas de garantía pagaderas a la mera presentación se usaban ampliamente en la práctica y que, independientemente de la frecuencia de uso, el Grupo de Trabajo, en su 12.º período de sesiones, había estimado que una norma jurídica debía tomar en cuenta todo tipo de garantías en uso, así como darles certidumbre, y dejar la selección del tipo de garantía que se usaría a la decisión de las partes interesadas en cuanto al crédito (véase A/CN.9/316, párrafo 89).

22. Si bien se expresaron algunas dudas respecto del fondo y la forma de la tercera oración, el Grupo de Trabajo, tras deliberar, acordó mantener la oración sin los corchetes.

23. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de artículo 14 atendidas las deliberaciones y decisiones indicadas *supra*.

Artículo 15. Notificación de la reclamación de pago

24. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 15 redactado de la manera siguiente:

“[A reserva de lo dispuesto en los artículos 16 y 17, el garante deberá dar aviso de la reclamación de pago al solicitante de la garantía tan pronto como la reciba o, si procede, a su parte ordenante, de no haber convenido otra cosa el garante con el solicitante de la garantía.]”

25. El Grupo de Trabajo observó que el artículo 15, redactado con arreglo al artículo 17 del proyecto de Reglas Uniformes de la CCI, aparecía entre corchetes porque las opiniones habían estado divididas en el 15.º período de sesiones en cuanto a si la ley uniforme debía imponer al ga-

rante la obligación de notificar al solicitante la garantía de una reclamación hecha por el beneficiario. En el actual período de sesiones las opiniones han estado nuevamente divididas en cuanto a la conveniencia de imponer ese tipo de obligación.

26. Entre las preocupaciones citadas en apoyo de la supresión del artículo 15 se hallaban las siguientes: que la imposición de una obligación estatutaria de notificar al solicitante de la garantía comprometería la integridad, independencia y confiabilidad de la obligación del garante, en particular al facilitar la iniciación por el solicitante de la garantía de medidas para obstaculizar el pago; que el único tipo de contacto entre el garante y el solicitante de la garantía respecto de la reclamación de pago debía darse en el caso de una petición del garante de que el solicitante de la garantía renunciara a las discrepancias identificadas por el garante; que la inclusión de una obligación de notificar atentaría contra el objetivo de establecer un régimen unificado que abarcara tanto las cartas de crédito de garantía como las cartas de crédito contingente, ya que, según se dijo, la notificación era un procedimiento ajeno a las cartas de crédito contingente y, en algunas jurisdicciones, podría plantear cuestiones regulatorias, y notificar no era una práctica establecida en cuanto a las garantías, y que la naturaleza de la obligación de notificar enunciada en el artículo 15 era vaga, en particular en cuanto al contenido de la notificación, a su oportunidad y a las consecuencias jurídicas de la omisión de la notificación. Finalmente, se sugirió que el solicitante de la garantía y el garante tenían libertad para convenir en un procedimiento de notificación, que la obligación de notificar podría imponerse al beneficiario y que la carta de garantía siempre podría requerir que la reclamación del pago fuera acompañada de prueba documental del cumplimiento de esa obligación, todo lo cual reducía a un mínimo la necesidad de incluir en la ley uniforme una obligación de notificar. Se sugirió que, en caso de que el Grupo de Trabajo decidiese mantener la disposición, las cartas de crédito contingente deberían quedar excluidas.

27. Para conservar la obligación de notificar se argumentó que un procedimiento de ese tipo realizaba las posibilidades de arreglos negociados de controversias entre el solicitante de la garantía y el beneficiario y ayudaba a equilibrar la posición de las dos partes. Se dijo además que la notificación al solicitante de la garantía, antes del pago, era una práctica común que servía para informar al solicitante que su cuenta iba a ser acreditada y constituía una condición previa para que el solicitante pudiera protegerse en caso de reclamaciones indebidas. Se dijo además que notificar no comprometía la independencia de la obligación del garante por cuanto la obligación de notificar, como se había decidido en el 15.º período de sesiones, no estaría vinculada en términos de tiempo a la obligación de examinar la reclamación y decidir acerca del pago. A este respecto, se sugirió que se reformulara la condición de manera de dejar suficientemente en claro que el garante no estaba obligado a notificar antes del pago. Se sugirió además que el procedimiento de notificación, si bien era posiblemente ajeno a las cartas de crédito contingente, podía sin embargo aplicarse útilmente a ellas.

28. El Grupo de Trabajo consideró la forma en que se podría atender a algunas de las inquietudes planteadas acerca del artículo 15 sin llegar a suprimir esa disposición. Una

sugerencia consistió en hacer que la disposición fuera más precisa en cuanto a las consecuencias de la omisión de la notificación al disponer que el garante sería responsable de los daños. Por ejemplo, se podría disponer que habría daños cuando el solicitante de la garantía pudiera demostrar que, si se le hubiera notificado oportunamente, podría haber recuperado del beneficiario el monto pagado por el garante. Se sugirió también que debía dejarse en claro que el solicitante de la garantía no tendría derecho, sólo en virtud de la omisión de la notificación, a negarse a reembolsar al garante una vez que se hubiera pagado una reclamación derivada de la carta de garantía. Otra sugerencia consistió en que debía dejarse más claro que el artículo 15 sólo se aplicaba a los contragarantes.

29. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió aplazar una decisión definitiva en cuanto a si sería conveniente conservar una disposición semejante al artículo 15 hasta un nuevo examen. En consecuencia, se decidió conservar el artículo entre corchetes. Se pidió a la Secretaría que, entretanto, perfeccionara el artículo 15 a fin de hacer frente a las cuestiones que se habían planteado, incluidas las sanciones por la omisión de la notificación y la independencia de la obligación de pagar respecto del requisito de la notificación.

Artículo 16. Examen de la reclamación de pago

30. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 16, redactado de la manera siguiente:

“1) *Variante A:* En su examen de una reclamación de pago y de cualquier declaración o documento adjunto requeridos, el garante deberá observar el grado de razonable atención normalmente exigido por las prácticas internacionales en materia de garantía y de cartas de crédito contingente para cerciorarse de su conformidad visible con las cláusulas de la carta de garantía, a las que se habrá de dar una interpretación estricta.

Variante B: El garante deberá examinar la reclamación de pago y cualquier declaración o documento adjunto requeridos con la diligencia profesional de un garante prudente y experimentado para cerciorarse de que, por lo que cabe ver, son conformes a las cláusulas de la carta de garantía y de que son compatibles entre sí.

2) De no haber convenido las partes otra cosa, el garante dispondrá de:

Variante X: un plazo razonable

Variante Y: [cuatro] días hábiles

Variante Z: un plazo razonable, pero que no exceda de [siete] días hábiles, en el [los] que examinar la reclamación y decidir si efectúa o no el pago.”

Párrafo 1

31. El Grupo de Trabajo examinó dos variantes del párrafo 1, que apunta a establecer las normas de conducta que debe observar el garante cuando examina una reclamación de pago para determinar si está de acuerdo con las cláusulas de la carta de garantía.

32. Se expresó apoyo respecto de la variante A en virtud de que hacía referencia a una norma internacionalmente

reconocida, a saber, el grado de razonable atención normalmente exigido por las prácticas internacionales en materia de garantía y de cartas de crédito contingente. Se sugirió que este criterio era el más objetivo de las dos variantes ya que se hacía referencia implícita a los Usos y Prácticas Uniformes en materia de créditos documentarios (UPU), y de esa manera se evitaba la introducción de normas de examen excesivamente estrictas o indebidamente indulgentes. Se señaló que la objetividad saldría fortalecida en virtud de que la revisión que se estaba realizando actualmente de los Usos y Prácticas Uniformes probablemente daría lugar a la formulación de normas más explícitas sobre los elementos que deben tenerse en cuenta cuando se examinan los principales tipos de documentos comerciales. Además, se expresó la opinión de que era conveniente, desde el punto de vista de la certidumbre y la armonización, que se hiciera referencia a una norma internacionalmente reconocida. Si se incorporaba una multiplicidad de normas podrían surgir controversias, en particular con respecto al derecho del garante a que se le reembolse. Se hizo observar que no había diferencias sustanciales entre las variantes A y B ya que el grado de diligencia profesional del garante sólo podía determinarse en referencia a la norma de conducta predominante en la práctica internacional.

33. Se expresaron reservas en relación con la variante A, aduciendo que la ley uniforme no cumpliría su mandato de establecer una norma de conducta para el garante si se refería meramente a la práctica internacional, permitiendo de esa manera que la norma se interpretara en cualquier otra parte. También se expresó preocupación por el hecho de que la referencia a la práctica internacional era ambigua y que el uso de la expresión "normalmente exigido" podía sugerir que la norma internacional podía variar. Además, se expresó apoyo respecto de la variante B sobre la base de que concordaba con una disposición análoga que figuraba en el artículo 9 del proyecto de Reglas Uniformes de la CCI; se dijo que la variante B, no así la variante A, era la opción más objetiva, que tenía más en cuenta las necesidades de los usuarios de la ley uniforme y que el estilo de redacción era preferible.

34. Se expresó la opinión de que la disposición contenida en las dos variantes en el sentido de que la reclamación debía juzgarse únicamente en cuanto a su conformidad visible o aparente con las cláusulas de la carta de garantía debía sustituirse por una norma que exigiera al garante que se cerciorara en la mayor medida posible de la conformidad real de la reclamación con las cláusulas de la carta de garantía. Esta opinión no tuvo apoyo, ya que el Grupo de Trabajo consideró que era esencial, en vista del carácter independiente de la obligación, limitar el alcance del examen a la conformidad aparente o visible.

35. El Grupo de Trabajo examinó a continuación propuestas encaminadas a captar las ventajas de las dos variantes del párrafo 1. Esas propuestas abarcaron desde una sugerencia de que la ley uniforme no indicara preferencia por ninguno de los dos criterios hasta una propuesta de que se combinaran las dos variantes. Se hizo además una advertencia en el sentido de que la ley uniforme debía evitar ampliar el número actual de formulaciones diferentes de la norma relativa a la diligencia que debía observar el garante. Entre esas formulaciones se encontraban ya las disposiciones del ar-

tículo 15 de los Usos y Prácticas Uniformes en materia de créditos documentarios, el artículo 9 del proyecto de Reglas Uniformes de la CCI y el proyecto de modificación de los Usos y Prácticas Uniformes.

36. Uno de los criterios que se sugirieron para combinar las variantes A y B fue el de agregar a la redacción de la variante B, en relación con la diligencia profesional, la expresión "teniendo debidamente en cuenta las normas internacionales usualmente aplicadas". Se dijo que esta combinación sería útil para promover la internacionalización de las normas aplicables al examen de las reclamaciones de pago. Se expresó la preocupación de que este criterio combinado resultara ser confuso, aunque se discutió el grado de confusión a que podía dar lugar, en virtud de que la referencia a una norma reconocida internacionalmente sería, de hecho, una referencia a normas contractuales internacionalmente reconocidas, como los Usos y Prácticas Uniformes en materia de créditos documentarios. Se advirtió también que cualquier combinación de criterios que se hiciera debía mantener el énfasis en la conformidad visible de la reclamación de pago con las cláusulas de la carta de garantía.

37. El examen de las normas establecidas en las variantes A y B reveló la existencia de una vinculación estrecha entre las disposiciones del artículo 16, que trataba del examen de la reclamación de pago, y el artículo 13, que trataba de la responsabilidad del garante. Sin embargo, y además de esa cuestión compartida con el artículo 13, el artículo 16 se ocupaba también de la norma aplicable para determinar si una reclamación de pago o cualquier documento adjunto guardaban conformidad con las cláusulas de la carta de garantía. Por consiguiente, se propuso que la disposición del párrafo 1, que establecía la norma de atención que debería seguirse al examinar la reclamación, se incorporase al artículo 13 o por lo menos se ajustase a lo dispuesto en ese artículo. Con esa división, el párrafo 1 en su variante B se centraría en la norma aplicable para determinar si la reclamación y cualquier documento adjunto guardaban conformidad con las cláusulas de la carta de garantía.

38. Se expresó la opinión de que la división propuesta era complicada, porque la intención era que el artículo 13 se centrara en la relación existente entre el deudor principal y el garante, y entre el contragarante y el garante, mientras que el artículo 16 trataba de cuestiones asociadas a la relación existente entre el garante y el beneficiario. A ese respecto se observó que podría ser útil examinar con mayor detención la medida en que la ley uniforme debía o no abarcar la relación entre el deudor principal y el garante. Otra cuestión consistía en averiguar si las normas mencionadas debían ser imperativas o quedar libradas a la variación contractual.

39. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió volver a examinar el asunto en un período de sesiones futuro sobre la base de proyectos de disposiciones que serían preparados por la Secretaría en consonancia con la división sugerida.

Párrafo 2

40. El Grupo de Trabajo expresó su acuerdo con la disposición que figuraba en el encabezamiento, en que se reconocía el derecho a modificar contractualmente el plazo fijado en el párrafo 2 para el examen de la reclamación de

pago. Sin embargo, se sugirió emplear la expresión “a no ser que se disponga lo contrario en la carta de garantía”, a fin de dejar claro que esta disposición sólo se refería a un acuerdo entre el garante y el beneficiario. El Grupo de Trabajo analizó después tres variantes relativas a la extensión del plazo permitido para el examen de la reclamación de pago.

41. Hubo algún apoyo para la variante X, en que se daba al garante un “plazo razonable”, en la inteligencia de que la flexibilidad inherente en la disposición daría lugar al reconocimiento adecuado de las circunstancias de cada caso particular, habida cuenta de que, de ser complicados, los casos podrían requerir un plazo superior al previsto en la variante Y. Se dijo que la variante X era preferible igualmente por la dificultad que implicaba la fijación de un plazo máximo general del tipo previsto en la variante Z. Sin embargo, se formularon objeciones respecto de la variante X, en particular, la de que la disposición no ofrecería, a causa de su imprecisión, el grado de certeza deseado. Hubo algún apoyo para la variante Y, basado también en que el período de cuatro días previsto en ella reflejaba exactamente la práctica bancaria común. Sin embargo, se observó que dejar que los exámenes de reclamaciones de pago se prolongaran no era propio de la práctica bancaria y que se podía cuestionar la necesidad de un plazo absoluto.

42. También se expresó apoyo al criterio adoptado en la variante Z, que trataba de combinar la flexibilidad ofrecida por la disposición relativa al “plazo razonable” de la variante X con la certeza ofrecida por el plazo fijo previsto en la variante Y.

43. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió retener la variante Z, sin que ello impidiera la posibilidad de un nuevo examen en un período de sesiones futuro.

Artículo 17. Pago o denegación del mismo

44. El texto del proyecto de artículo 17 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El garante deberá efectuar el pago al serle éste reclamado por el beneficiario, salvo que:

a) la carta de garantía sea inexistente, inválida o no susceptible de ejecución; o

b) la reclamación no satisfaga los requisitos enunciados en el artículo 14 [; o

Variante A: c) la reclamación sea [manifiestamente] [clara y evidentemente] indebida de conformidad con el artículo 19].

2) Variante B: [El garante podrá efectuar el pago pese al alegato del solicitante de la garantía de que la reclamación es indebida con arreglo al artículo 19, con tal de que el garante actúe de buena fe. Sin embargo si]

[Si] el solicitante de la garantía alega que la reclamación es indebida con arreglo al artículo 19 y el garante decide no denegar el pago, el garante deberá informar prontamente al solicitante de su decisión [y, si así lo requiere el solicitante, diferir el pago durante [tres] días hábiles].

3) Si el garante decide denegar el pago por cualquiera de los motivos mencionados en los incisos a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, dará pronto aviso de ello, por teletransmisión o, de no ser ello posible, por otro medio expedito, al beneficiario, indicando, cuando proceda, las razones de su decisión.

[4) Si el garante no cumple con lo dispuesto en el artículo 16 o en el párrafo 3 del presente artículo, se verá impedido, por razón de su conducta, de invocar la falta de conformidad de la reclamación de pago con las cláusulas de la carta de garantía.]”

Incisos a) y b) del párrafo 1

45. Por lo que se refiere al inciso a), se expresaron temores de que la referencia a conceptos jurídicos tales como la inexistencia, la invalidez o la falta de susceptibilidad de ejecución originase incertidumbre o disparidades con respecto a las normas aplicables en distintas jurisdicciones. Se observó que ciertos casos de “inexistencia” de una carta de garantía reconocidos en determinadas jurisdicciones podrían considerarse en otras jurisdicciones como casos de absoluta nulidad o invalidez de la carta de garantía. Entre los ejemplos de incertidumbre con respecto a la “falta de susceptibilidad de ejecución” se incluían el boicoteo y el caso en que el texto de la carta de garantía estipulaba el pago en una moneda no convertible sin establecer un mecanismo de conversión para el pago en otra moneda. En consecuencia, se sugirió que la ley uniforme, en vez de centrar la atención en conceptos de la doctrina jurídica, enumerase las situaciones de hecho que justificasen la denegación de una reclamación de pago.

46. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue que no convenía tratar de enumerar en la ley uniforme todas las situaciones de hecho en las que el garante pudiese justificadamente denegar el pago porque sería difícil, si no imposible, elaborar una lista exhaustiva. Además, cualquier intento de enumeración de los casos en los que el garante tuviese la obligación o el derecho de no pagar podría originar dificultades con respecto a la determinación de la ley aplicable debido a que las normas de colisión serían diferentes según que la nulidad del compromiso procediese de la violación de los requisitos jurídicos relativos a la capacidad personal de las partes, a la forma en que se acordó el compromiso, o a la sustancia de éste.

47. Se hizo referencia a circunstancias, descritas en términos generales como *force majeure*, en que el garante tropezase con una absoluta imposibilidad de efectuar el pago. Se sugirió que la ley uniforme hiciese referencia a esas situaciones. En tal sentido, se expresó la opinión de que la ley uniforme podría indicar con más claridad, en el caso de un obstáculo temporal, si la obligación del garante quedaría sólo temporalmente suspendida hasta el momento en que el impedimento desapareciese o si había de considerarse que el obstáculo ponía término a la obligación del garante.

48. En apoyo del texto actual del inciso a), se explicó que, aunque conceptos tales como los de “inexistencia”, “invalidez” y “falta de susceptibilidad de ejecución” podrían interpretarse de modo diferente en diferentes jurisdicciones, tales diferencias no afectarían a la aplicación de la disposición en

la medida en que el compromiso estuviese viciado por circunstancias a las que se aplicase al menos uno de esos tres conceptos, y en que la falta de pago estuviese basada en esas circunstancias. Sin embargo, se señaló en respuesta que la disposición era inapropiada cuando los hechos o circunstancias que viciasen el compromiso se hallasen fuera del ámbito de aplicación del inciso *a)* del párrafo 1 en unas jurisdicciones y dentro de dicho ámbito en otras.

49. Se expresó la opinión de que las obligaciones del garante enunciadas en el artículo 17 reflejaban apropiadamente las obligaciones del beneficiario enunciadas en el artículo 14, que establecía como norma general que la reclamación de pago presentada por el beneficiario debía estar de conformidad con las cláusulas del compromiso. Se sugirió que el artículo 17 se redactase de nuevo con arreglo al mismo modelo para que estableciese en términos generales que el garante tenía obligación de efectuar el pago para hacer frente a una reclamación de conformidad con las cláusulas del compromiso. Se señaló que una referencia a la obligación de pagar con arreglo al compromiso y de conformidad con sus cláusulas abarcaría no sólo el inciso *b)* sino también los casos a que se hacía actualmente referencia en el inciso *a)*, pues las cuestiones relacionadas con la formulación, la existencia, la validez y la susceptibilidad de ejecución del compromiso se plantearían en relación con las cláusulas del compromiso.

50. Se observó que la formulación sugerida no podía incluir con facilidad una referencia al artículo 19, "Reclamación indebida", pero el Grupo de Trabajo, después de deliberar, adoptó la estructura sugerida, tal como se esboza en el párrafo 49, y pidió a la Secretaría que preparase un texto revisado del párrafo. Se observó que la nueva estructura dejaba sin decidir la cuestión de si el garante, en las circunstancias excepcionales en que no tuviese obligación de efectuar el pago, tendría una obligación de denegar el pago o se hallaría solamente autorizado a denegarlo. Se estimó en general que la cuestión debía considerarse en el contexto del examen de las variantes A y B.

Variantes A y B

51. Por lo que se refiere a la sustancia de los textos contenidos en las variantes A y B, se observó que la diferencia era mínima porque era difícil concebir circunstancias en las que una reclamación fuese manifiestamente o clara y evidentemente indebida y el garante efectuase el pago a pesar de ello de buena fe. Sin embargo, se estimó que el ámbito de aplicación de las variantes A y B era diferente. La variante A establecía el principio general de que el garante no debía efectuar el pago en el caso de un fraude manifiesto, y la variante B se refería a la situación excepcional en la que el solicitante de la garantía daba al garante instrucciones de no efectuar el pago, basándose en el alegato de que la reclamación era indebida.

52. Se expresaron opiniones divergentes con respecto a la cuestión de si el garante, en caso de una reclamación manifiestamente indebida, debiera estar obligado a denegar el pago o debiera efectuar o denegar el pago discrecionalmente. Se observó que esta cuestión tenía repercusiones en la relación entre el garante y el solicitante de la garantía, particularmente con respecto al derecho del garante a obte-

ner el reembolso del solicitante de la garantía y respecto del derecho de éste de solicitar un mandamiento conminatorio, como se indica en el artículo 21.

53. En favor de que se otorgasen al garante facultades discrecionales, se observó que era un principio fundamental de la ley uniforme que el pago hecho por el garante debía ser la norma y la falta de pago una excepción rara. Se sugirió que si el garante tuviese la obligación de no pagar, ello estaría en contradicción con el propósito de la ley uniforme, pues esa situación alentaría al garante a no efectuar el pago. Se señaló también que se debía autorizar al garante a confiar en la conformidad aparente de los documentos, salvo cuando el solicitante de la garantía obtuviese una decisión judicial que ordenase al garante que se abstuviese de efectuar el pago con arreglo a la carta de garantía. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue que el garante debía estar obligado a denegar el pago en los casos de fraudes o abusos manifiestos que cualquier persona pudiese percibir.

54. Se expresaron algunas dudas con respecto a la cuestión de si el criterio suministrado en la variante A se aplicaría uniformemente en todas las jurisdicciones, y se observó que el concepto de la mala fe podría originar divergencias aún mayores de interpretación. Se convino en que el núcleo común de los criterios contenidos en las variantes A y B consistía en el hecho de que el carácter indebido de la reclamación fuese conocido del garante o estuviese fuera de toda duda razonable, sin investigación alguna por parte del garante.

55. Después de deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que la ley uniforme debía contener una disposición en el sentido de que, cuando supiese o debiese saber que la reclamación del pago era indebida, el garante tendría la obligación de denegar el pago. En todos los demás casos, a saber, no solamente en el caso de la conformidad aparente de la reclamación y los documentos sino también en el caso de duda, e independientemente de que se presentase al garante un alegato de que la reclamación era indebida, la norma general se aplicaría y el garante tenía que efectuar el pago. El Grupo de Trabajo decidió examinar de nuevo la cuestión en un período de sesiones futuro sobre la base de una disposición revisada que preparase la Secretaría teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones anteriores.

Última oración del párrafo 2

56. La disposición relativa al aplazamiento del pago por un número muy limitado de días se apoyó alegándose que trataba de establecer un equilibrio entre la necesidad de efectuar prontamente el pago del compromiso independiente y el interés del solicitante en presentar pruebas documentales al garante o, de ser ello factible en ese breve plazo, solicitar a los tribunales una orden judicial favorable.

57. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue que la disposición alentaría probablemente el aplazamiento sistemático del pago y que la oración debía suprimirse. Se observó también que no debería imponerse al garante la obligación de informar al solicitante de la garantía si se decide no rechazar la reclamación. Otro argumento expuesto para suprimir la disposición estaba en contradicción con la práctica de las cartas de crédito contingente, que no daban tiempo alguno para una posible negociación.

Párrafo 3

58. Se expresó el temor de que las palabras “cuando proceda” diesen al garante la posibilidad de no informar al beneficiario de las razones de su decisión de no efectuar el pago con arreglo a la carta de garantía. Se observó que el párrafo 3 podría estar en contradicción con la norma de impedimento contenida en el párrafo 4 para los casos en que el garante no cumpliera lo dispuesto en el artículo 16 y en el párrafo 3.

59. En consecuencia, una opinión fue que, siguiendo el enfoque del inciso b) del artículo 10 del proyecto de reglas uniformes de la CCI, el requisito de dar aviso al beneficiario no debía incluir la indicación de las razones. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue que el garante debía indicar las razones en todos los casos. Se sugirió que la ley uniforme diese cierta orientación al respecto, por ejemplo requiriendo, en el caso de falta de conformidad, una declaración sobre la discrepancia particular y, en el caso de una reclamación indebida o un defecto fundamental, una declaración general en tal sentido.

60. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparase una versión revisada del párrafo 3 teniendo en cuenta las deliberaciones anteriores.

Párrafo 4

61. Se expresaron opiniones divergentes con respecto a la norma de impedimento contenida en el párrafo 4. Una opinión fue que la norma de impedimento tenía excesiva dureza y que la ley uniforme debía omitir ese punto. Ello permitiría sin embargo a las partes acordar la aplicación de la norma de impedimento contenida en los Usos y Reglas Uniformes relativos a los créditos documentarios. En apoyo de esa opinión, se observó que la idea de finalidad en que se basaba la norma de impedimento tenía más importancia en el contexto de los pagos efectuados con arreglo a cartas comerciales de crédito que en el de las cartas de garantía.

62. Otra opinión fue que la norma de impedimento debía conservarse porque la finalidad era también indispensable para las cartas de garantía, al menos las cartas de crédito contingente. En apoyo de esa opinión se observó que no bastaba con remitir la cuestión a los Usos y Reglas Uniformes relativos a los créditos documentarios porque el impedimento era una norma importante que debía darse a conocer a todas las partes que pudiesen llegar a participar en la transacción.

63. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el texto del párrafo 4, que la Secretaría podría refinar, permaneciese entre corchetes.

Artículo 18. Solicitud de prórroga o pago

64. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 18, redactado de la manera siguiente:

“Si el beneficiario [reclama en forma de alternativa el pago o] [combina una reclamación de pago con la solicitud de] una prórroga del período de validez de la carta de garantía, el garante deberá observar las reglas siguientes, de no haber convenido entre sí las partes otra cosa:

a) El garante dará pronto aviso al solicitante de la garantía de la presentación en forma de alternativa de una solicitud de prórroga o pago [, pudiéndolo hacer directamente o por conducto de una parte ordenante];

b) El garante no podrá prorrogar el período de validez sin el consentimiento del solicitante de la garantía; sin embargo, aun cuando el solicitante de la garantía dé su consentimiento a la prórroga de la misma, el garante no estará obligado a prorrogar el período de validez de no haberse comprometido a ello por acuerdo con el solicitante;

c) El garante deberá examinar la reclamación de pago de conformidad con el artículo 16 y decidir si ha de efectuar o denegar el pago; si el garante decide no denegar el pago, [deberá] [podrá] diferir el pago hasta que hayan transcurrido [diez] días hábiles desde [la notificación al solicitante de la garantía] [la recepción de una solicitud de prórroga o pago presentada en forma de alternativa por el beneficiario] y efectuar a continuación el pago, a no ser que opte por prorrogar el período de validez.”

65. Como ocurrió cuando el Grupo de Trabajo examinó por primera vez las solicitudes de “prorrogue o pague” en el 15.º período de sesiones (A/CN.9/345, párrafos 73 a 77), hubo opiniones divergentes en cuanto a si la ley uniforme debía contener disposiciones específicas respecto de esas solicitudes. Se expresaron dudas en cuanto a la necesidad del artículo 18, por cuanto las circunstancias a que se refería ya estaban adecuadamente cubiertas por otras disposiciones de la ley uniforme. En particular, se sugirió que una solicitud de prorrogar o pagar podría clasificarse apropiadamente como una solicitud de enmienda de la carta de garantía, que correspondería al artículo 8. Según esa opinión, si la ley uniforme contenía un procedimiento adecuado de enmienda que disponía la notificación y el consentimiento de las partes, se reduciría la necesidad del artículo 18. El componente de solicitud de pago de una solicitud de prorrogue o pague, correspondería al ámbito de aplicación del artículo 14. Se dudó también de que fuera necesario incluir el artículo 18 por cuanto podría considerarse que la necesidad de los procedimientos previstos en los incisos a) a c) estaba suficientemente cubierta por las formas generales de conducta impuestas por la ley uniforme.

66. Entre los factores primordiales que se citaron en favor de mantener el artículo 18 se incluía la incertidumbre que caracterizaba a las solicitudes de prorrogue o pague y a la respuesta del garante a ellas, junto con la frecuencia de ese tipo de solicitudes. Se dijo que, en consecuencia, la ley uniforme habría de referirse a ese tipo de solicitudes, ya fuera en el artículo 18 o en otra disposición. Se dijo que no se podía tratar las solicitudes de prorrogue o pague como simples solicitudes de enmienda y que era conveniente que los efectos y los procedimientos jurídicos de ese tipo de solicitudes fueran reglamentados por normas específicas. Las normas ayudarían a hacer frente a los problemas que surgieran cuando, tras rechazarse una solicitud de prorrogue o pague, la carta de garantía expirara sin que se hubiera hecho el pago. Se apoyó también la conservación del artículo 18 por cuanto, más bien que considerar en todos los casos con aprensión a las solicitudes de prorrogue o pague, como una práctica que la ley uniforme debía desestimular, cabía considerar las medidas potencialmente útiles para

hacer avanzar hacia un arreglo negociado las controversias entre el solicitante de la garantía y el beneficiario. En tal sentido se consideró que la disposición del inciso c), de postergar el pago por un número determinado de días, constituía un mecanismo útil.

67. Se hicieron otras observaciones que debían examinarse en caso de que se mantuviera el artículo 18. Una sugerencia de ese tipo consistió en que debía limitarse el alcance del artículo a las garantías bancarias, excluyendo con ello las cartas de crédito contingente, en particular por cuanto el procedimiento de prorrogue o pague era incompatible con las cartas de crédito financiero contingente, ya que la expectativa de las partes era que el banco pagara inmediatamente al presentarse la reclamación. En respuesta se dijo que la situación de prorrogue o pague surgía no sólo en relación con las garantías bancarias, sino que podría surgir también en el caso de las cartas de crédito contingente y que, por lo tanto, no se justificaría ninguna limitación del alcance del artículo 18.

68. El Grupo de Trabajo observó que el artículo 18 no se proponía conferir un derecho al beneficiario a obtener una prórroga del plazo de validez de la carta de garantía por el solo hecho de hacer una solicitud de prorrogue o pague. Otra esfera que potencialmente debería aclararse era el efecto que sobre la carta de contragarantía tendría una solicitud de prorrogue o pague hecha con arreglo a una carta de garantía indirecta. Se sugirió además que podría lograrse mayor claridad si se modificara el título del artículo 18 de manera que indicara que se trataba de una "solicitud de prórroga o reclamación de pago", así como ubicándolo más cerca del artículo 8 o del artículo 14 o incorporándolo a uno de ellos.

69. El Grupo de Trabajo procedió a continuación a examinar si debía considerarse que una solicitud de prorrogue o pague contenía una reclamación firme de pago de tal manera que, en caso de rechazarse la prórroga, el beneficiario no tendría que hacer una reclamación adicional de pago a fin de recibir éste. Se observó que ése era el criterio en que se basaba el artículo 18. Se expresó apoyo a ese criterio. Una opinión diferente fue que no debía considerarse que las solicitudes de prorrogue o pague eran reclamaciones de pago, ya que ello sería contrario al concepto de cumplimiento estricto de la reclamación de pago dentro de los términos de la carta de garantía. Se indicó que varias jurisdicciones habían adoptado un criterio de ese tipo. Se mencionó también la distinción entre los casos en que el acontecimiento imprevisto asegurado por la carta de garantía hubiera ocurrido y los casos en que no hubiera ocurrido. En este último tipo de casos, por ejemplo, cuando se hiciera la solicitud de prorrogue o pague solamente por haberse prorrogado la duración del contrato básico, podría considerarse que la reclamación de pago sería abusiva.

70. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo, a fin de facilitar un nuevo examen, decidió pedir a la Secretaría que le presentara dos criterios posibles. En el primer criterio no se considerará que la solicitud de prórroga o pago constituya una reclamación de pago propiamente tal. Se observó que ese criterio, si bien posiblemente llevaría a la eliminación de solicitudes de prorrogue o pague en su forma actual, no impediría que los beneficiarios lograran el mismo resultado pidiendo en primer lugar la prórroga de la carta de garantía

antes de un plazo especificado, y a continuación, si no se prorrogaba el período de validez dentro del plazo, presentando una reclamación de pago. Con arreglo al segundo criterio, que se presentaría en el siguiente proyecto, no resultará viciada la parte correspondiente a la reclamación de pago de una solicitud de prorrogue o pague.

71. En el examen del artículo 18 el Grupo de Trabajo tuvo ocasión de debatir la forma en que la ley uniforme podría establecer un conjunto unificado de normas relativas a las garantías y cartas de crédito contingente tomando en cuenta a la vez las diversas peculiaridades de esos tipos de instrumentos. Se observó que, con respecto a varios proyectos de artículos, se habían planteado dudas acerca de la practicabilidad de aplicar la misma norma tanto a las garantías bancarias como a las cartas de crédito contingente. Esas dudas habían surgido no sólo con respecto al procedimiento de prorrogue o pague del artículo 18, sino además respecto de otros requisitos impuestos por la ley uniforme, por ejemplo, la notificación de una reclamación de pago que debía hacer el garante al solicitante de la garantía, el tratamiento de las condiciones no documentarias, la cuestión de limitar las transferencias y la norma de la preclusión. Se había sugerido en cada uno de esos casos que la norma prevista podría debilitar la confiabilidad de la garantía como vehículo para un pago pronto e independiente. Se sugirió que la aplicabilidad de ciertos procedimientos, si bien podría resultar apropiado en los casos en que se tratara de realzar la posibilidad de arreglo negociado de controversias entre el solicitante de la garantía y el beneficiario, resultaba particularmente problemático en el caso de las cartas de crédito financiero contingente, es decir, cartas de crédito contingente utilizadas en el mercado financiero para garantizar la obligación de reembolso de prestatarios en gran escala.

72. Se opinó que, dado lo anterior, tal vez podría considerarse la posibilidad de excluir del ámbito de la ley uniforme instrumentos que no correspondieran al ámbito de la carta de garantía bancaria tradicional en lo que se refiere tanto al propósito como a la función. Sin embargo, ese criterio no suscitó interés significativo, en particular porque se reconoció que los instrumentos como las cartas de crédito financiero contingente constituían un gran volumen de las obligaciones que la ley uniforme se proponía abarcar. Además, se sugirió que sería inapropiado que la ley uniforme distinguiera instrumentos como las cartas de crédito financiero contingente de las garantías bancarias e intentara aplicar normas separadas a cada tipo de instrumento. Se informó que las garantías bancarias se usaban, al igual que las cartas de crédito financiero contingente, en los mercados financieros y que los beneficiarios las aceptaban por cuanto brindaban el elevado grado requerido de solidez de la obligación. En consecuencia, se sugirió que sería más fructífero que la ley uniforme tomara en cuenta debidamente los diferentes propósitos que una obligación cubierta por la ley uniforme pudiera servir, así como las posibles diferencias en cuanto a la certidumbre de la obligación del garante. Según este criterio la ley uniforme tomaría en cuenta las características esenciales tanto de las obligaciones utilizadas en los mercados financieros como las obligaciones cuyo propósito fuera garantizar el cumplimiento, independientemente de si esas garantías financieras o de cumplimiento asumieran la forma de garantías bancarias o de cartas de crédito contingente. Se instó al Grupo de Trabajo a que al mismo tiempo

no hiciera hincapié excesivo en las diferencias entre las cartas de crédito financiero contingente y las relativas al cumplimiento en vista de la clasificación establecida de las cartas de crédito financiero contingente como una especie de las cartas de crédito contingente, que en general se regían por las normas de las cartas de crédito.

73. Se convino en que se seguiría tratando de formular normas de aplicación general y que en ese proceso debían tomarse en cuenta los diferentes propósitos y características de los diversos instrumentos comprendidos en la ley uniforme. Se recordó además que uno de los conceptos rectores de la ley uniforme era el de la autonomía de las partes para acordar los términos de la carta de garantía. Esa autonomía, cuya extensión estaba aún por determinarse respecto de cada artículo, permitía dar cabida a las diferencias de la práctica, en particular, en cuanto a la selección de tipos determinados de obligaciones y de condiciones determinadas de pago.

Artículo 19. Reclamación indebida

74. Seguidamente figura el texto del proyecto de artículo 19 que examinó el Grupo de Trabajo:

“Variante A: Una reclamación de pago será indebida cuando:

a) cualquier fundamento alegado por el beneficiario o cualquier documento requerido que acompañe a la reclamación sea [falso] [esencialmente incorrecto] o esté falsificado; o

b) la reclamación se aparte claramente de la finalidad para la que se otorgó la carta de garantía o carezca por algún otro motivo de todo fundamento atendible.

Variante B: 1) [El texto enunciado en la variante A]

2) Una reclamación carece, por ejemplo, de todo fundamento atendible cuando:

a) en el supuesto de una carta de garantía que [proteja] [respalde] una obligación financiera de un tercero, el importe de esa obligación no sea debido;

b) en el supuesto de una carta de garantía de licitación:

- i) el contrato no haya sido aún adjudicado; o
- ii) el contrato haya sido adjudicado a un licitante que no sea el solicitante de la garantía; o
- iii) el contrato haya sido adjudicado al solicitante de la garantía, pero éste haya ya [aceptado] [firmado] el contrato y obtenido una carta de garantía de buena ejecución, de haberle sido requerida;

c) en el supuesto de una carta de garantía de reembolso, no se haya efectuado ningún pago anticipado;

d) en el supuesto de una carta de garantía de buena ejecución:

- i) un tribunal judicial o arbitral competente haya determinado [en un fallo definitivo] que las obligaciones del solicitante para con el beneficiario, cuyo cumplimiento haya sido objeto de la garantía, son inexistentes o no son exigibles por razón de que la operación subyacente [entre el solicitante de la garantía y el

beneficiario] es inexistente, es contraria al orden público o es por algún otro motivo inválida;

ii) el solicitante de la garantía haya cumplido por completo [a satisfacción del beneficiario] las obligaciones de buena ejecución, objeto de la carta de garantía;

iii) el beneficiario haya impedido que el solicitante de la garantía cumpla con las obligaciones, cuyo cumplimiento haya sido objeto de la garantía, por un incumplimiento [voluntario] [grave] de sus propias obligaciones [básicas] en la operación subyacente;

iv) la suma reclamada sea [enormemente desproporcionada] [al menos cinco veces superior] al daño ocasionado por el incumplimiento de las obligaciones del solicitante de la garantía;]

e) en el supuesto de una carta de contragarantía, el beneficiario de la carta de contragarantía haya pagado [o tenga la intención de pagar] a su beneficiario en virtud de su carta de garantía, cuyo reembolso haya sido objeto de la carta de contragarantía, una reclamación que esté [evidentemente] afectada por uno de los vicios mencionados en el párrafo 1 del artículo 17, siempre que el beneficiario de la carta de contragarantía:

Variante X: haya actuado en connivencia con su beneficiario.

Variante Y: [haya actuado de mala fe] [no haya actuado con la debida diligencia profesional].

Variante Z: esté [facultado] [obligado] a denegar el pago por razón de ese vicio, ya sea en virtud de la propia carta de contragarantía o de cualquier acuerdo de reembolso concertado con el contragarante o ya sea con arreglo a derecho.

Variante C: 1) Una reclamación de pago será indebida cuando su presentación sea constitutiva de fraude o de abuso de derecho.

2) La presentación de una reclamación será constitutiva de fraude cuando:

i) el beneficiario [no tenga el convencimiento de que la suma reclamada sea debida] [conozca o no pueda desconocer el hecho de que la suma reclamada no es debida] a la luz del fundamento alegado en la reclamación o de cualquier declaración efectuada o documento presentado en su apoyo; o

ii) cualquier fundamento alegado o documento presentado en su apoyo sea [falso] [esencialmente incorrecto]; o

iii) cualquier documento presentado en su apoyo esté falsificado.

3) La presentación de una reclamación será constitutiva de abuso cuando:

Variante X: el beneficiario esté haciendo uso de su derecho para una finalidad que no sea aquella para la que se otorgó la carta de garantía.

Variante Y: sea indudable que la contingencia, cuyas consecuencias para el beneficiario la carta de garantía deba indemnizar, o bien no se ha producido o

bien ha sido provocada por un incumplimiento radical e intencional de la operación subyacente imputable al beneficiario.

Variante D: El garante [podrá] [deberá] denegar el pago por impropio cuando, habida cuenta del carácter independiente [y esencialmente documentario] de su compromiso, el garante concluya o bien que la reclamación se ha presentado de mala fe o fraudulentamente, ya sea por fraude o falsificación en los documentos o por fraude en la operación subyacente, o bien que la reclamación constituye un abuso de algún derecho del beneficiario, con tal de que los hechos que fundamenten esa conclusión del garante sean clara y convincentemente probados sin que el garante haya de instituir por su parte investigación alguna.”

75. Al Grupo de Trabajo se le presentaron cuatro variantes del artículo 19 que reflejaban diversas propuestas formuladas en el 15.º período de sesiones (véase A/CN.9/345, párrafo 51). En las variantes A a C se definía la expresión “reclamación indebida”. La variante D, en lugar de definir el término, exponía una directriz general.

76. Al examinar las variantes se observó que algunos factores eran pertinentes para definir o describir la “reclamación indebida”. Entre esos factores se destacó la distinción que a veces debía establecerse entre el fraude en la operación subyacente y el fraude en los documentos presentados al garante para obtener el pago. A ese respecto, se reconoció, que en caso de fraude en los documentos, había un cierto grado de conflicto con el principio de que la reclamación se debía examinar de acuerdo con el criterio de la conformidad aparente y, en el caso de fraude en la operación, con el principio de la independencia del compromiso. La opinión general del Grupo de Trabajo fue que debía reconocerse en alguna medida que las circunstancias del negocio subyacente podían afectar al acto de garantía de modo que en un número limitado de casos la reclamación de pago pudiera considerarse indebida. La noción de “reclamación indebida”, pues, se limitaría a los casos en que la conducta ilícita pudiera calificarse de “manifiesta” o “indudable” y “temeraria”. Se sugirió también que para precisar el artículo 19 se podrían considerar indebidas las reclamaciones de pago que se apartaran claramente de la finalidad para la que se hubiera otorgado la carta de garantía.

77. Un importante factor a ese respecto era la diferente terminología que empleaban los distintos regímenes jurídicos para referirse a las reclamaciones indebidas. En particular, en algunos regímenes jurídicos, se restringía el empleo del término “fraude” a los casos de falsificación de los documentos presentados al garante, en tanto que las reclamaciones de pago fundadas en fraude en el negocio subyacente entraban en la categoría del “abuso de derecho”. En otros sistemas legales ambos aspectos entraban dentro del concepto general de fraude. Aunque se pensó en que se podían definir los términos como “fraude” y “abuso”, la preferencia general del Grupo de Trabajo fue la de tratar de salvar esas diferencias de terminología evitando el uso de esos términos, buscando en cambio una descripción de la reclamación indebida susceptible de comprensión general.

78. También se dijo que había que tener presentes las diferencias entre los sistemas jurídicos en cuanto a las normas

procesales y sustantivas con arreglo a las cuales actuaban los garantes. Por ejemplo, en algunos países, los actos encañados a impedir el pago de una reclamación presuntamente indebida adoptaban por lo común la forma de peticiones de mandamientos preliminares de interdicción; en otras jurisdicciones, en cambio, no se podían entablar acciones preliminares en causas de ese tipo. Se señaló, asimismo, que había diferencias en las circunstancias en cada caso de reclamación indebida y que ello influía en la facilidad y la medida en que el garante podía enterarse de los vicios de la reclamación de pago. El Grupo de Trabajo observó que era común que al garante no se lo tuviera al tanto de la ejecución del negocio subyacente.

79. Una observación de carácter más general fue que la hipótesis de trabajo de la ley uniforme debía ser que las partes, en general, actuaban de buena fe. También se hizo ver que, al formular la ley uniforme, había que tener debidamente en cuenta la perspectiva del beneficiario, en particular porque la carta de garantía era el producto de un convenio negociado entre partes en el comercio y con frecuencia constituía la única fuente de compensación monetaria por el incumplimiento del negocio subyacente. Se instó al Grupo de Trabajo a formular el artículo 19 de la manera lo más objetiva que fuera posible y a evitar términos como “concluya”, que podrían sugerir no sólo que el proceso era de naturaleza subjetiva, sino también que el garante debía realizar una investigación del fraude. Se sugirió también que la formulación de la variante D se podía simplificar si se eliminaban las palabras “o bien que la reclamación se ha presentado de mala fe o fraudulentamente, ya sea por fraude o falsificación en los documentos o por fraude en la operación subyacente, o bien”.

80. En cuanto a la evaluación y comparación específicas de las variantes del artículo 19, como se señaló *supra*, el Grupo de Trabajo prefirió en general que en el artículo 19 se tratara de evitar la definición de términos como “fraude” que podían ser objeto de interpretaciones tradicionalmente divergentes. En consecuencia, el Grupo de Trabajo prefirió el criterio que se había adoptado en la variante D, en lugar del criterio de la definición que se había seguido en las demás variantes. Las variantes A y B fueron objeto de crítica porque la significación de las palabras “fundamento atendible” no era clara y parecía demasiado amplia. Se sugirió que era menester utilizar una redacción más clara a fin de indicar si el garante debía o no determinar sólo si la reclamación de pago tenía algún fundamento o debía determinar la suficiencia de cualquier fundamento que hubiera para sustentar la reclamación de pago.

81. El criterio aplicado en la variante B de presentar una lista ilustrativa de casos de reclamaciones indebidas no se consideró apropiado en el contexto de una ley uniforme. Entre las objeciones se mencionó la posibilidad de que la enumeración de ejemplos no fuera completa y no tuviera en cuenta adecuadamente las circunstancias de casos individuales; se dijo, también, que el recurso de la enumeración era incompatible con la técnica legislativa tradicional de algunos Estados. Se sugirió que una enumeración de ejemplos como la que figuraba en la variante B bien se podría incluir en un comentario.

82. El Grupo de Trabajo examinó también las posibles modificaciones y refinamientos de la variante D aparte de

evitar términos como “fraude” o “abuso”. En ese cometido examinó los diversos casos de reclamación indebida estipulados o mencionados en las demás variantes a fin de determinar cuál de esas situaciones debía quedar comprendida por una norma amplia como la de la variante D. En relación con el inciso *a*) del párrafo 1 de la variante A, el Grupo de Trabajo examinó qué debería entenderse por fraude en los documentos. Se convino en que debía incluirse el caso de documentos falsificados. El caso de documentos falsos o inexactos parecía menos claro. El Grupo de Trabajo observó que en algunas jurisdicciones el concepto de falsificación comprendía documentos falsos o inexactos y que en otras no era así. La formulación de normas generales para esos casos se complicaba por el hecho de que la falsedad o inexactitud no siempre podrían ser equivalentes al fraude que sancionaría la ley uniforme. Se sugirió que en esos casos acaso sería útil estatuir en el artículo 19 que, para que un documento falso o inexacto hiciera indebida la reclamación, el beneficiario debía haber obrado con intención de engañar.

83. A ese respecto, el Grupo de Trabajo observó que en algunas jurisdicciones los tribunales habían determinado que en esos casos el garante estaba obligado a pagar si el beneficiario no estaba enterado de la alteración de los documentos. Esas decisiones planteaban el interrogante más general de si la ley uniforme debía, en general, limitarse a los casos en que el beneficiario se hubiera involucrado en el fraude o por otras razones hubiera tenido noticias de él. Hubo acuerdo general en que la reclamación de pago en esos casos se tenía que considerar indebida. Sin embargo, no se llegó a ninguna conclusión final respecto de si el conocimiento o la participación del beneficiario debía o no ser un requisito previo para accionar conforme al artículo 19. El Grupo de Trabajo convino, con todo, en que, en su conjunto, las situaciones previstas en la variante A debían quedar dentro del ámbito del artículo 19.

84. Se opinó que la situación contemplada en el inciso *a*) del párrafo 2 de la variante B no constituiría en todos los casos una reclamación indebida. Se señaló que bien podría ocurrir que la finalidad de una carta de garantía fuera proveer el pago incluso antes de que fuera exigible la suma prevista en el negocio subyacente (por ejemplo, cuando el solicitante de la garantía cayera en insolvencia). Se sugirió que el problema podría resolverse vinculando esa causal de ilicitud con los términos y condiciones de la carta de garantía.

85. Aunque se apoyó la idea general del apartado *i*) del inciso *d*) del párrafo 2 de la variante D, se recordó al Grupo de Trabajo que la finalidad de una carta de crédito podría por cierto ser la de atender el riesgo de que se presentara el tipo de situación a que se hacía referencia en el párrafo (invalides o inexigibilidad de la operación subyacente). Se señaló que en diversas jurisdicciones los tribunales habían consolidado el pago en esas circunstancias.

86. Hubo alguna vacilación en cuanto al tipo de situación a que se hacía referencia en el apartado *iii*) del inciso *d*) del párrafo 2, que se refería a la prevención por el beneficiario del cumplimiento de obligaciones en la operación subyacente que tuvieran garantizadas por la carta de garantía. Se sugirió que el juicio respecto de si se daba ese tipo de situa-

ción tendía a ser particularmente subjetivo y dependía de las circunstancias del caso y, por lo tanto, que no debía estar comprendido en el artículo 19.

87. Se formularon reservas en cuanto a la amplitud de la situación mencionada en el apartado *iv*) del inciso *d*) del párrafo 2 de la variante B, que se refería a la desproporcionalidad entre el daño ocasionado y la suma reclamada en virtud de la carta de garantía. Se expresó inquietud porque el análisis de la reclamación en esos términos implicaría un juicio de valor por parte del garante. Otra objeción fue que se menoscabaría la integridad del compromiso si pudiera denegarse el pago por razones distintas de la falta total de fundamento de la reclamación. Se hizo ver que el solicitante de la garantía podía ponerse a salvo del riesgo de desproporcionalidad si velaba por que en la carta de garantía se estipulara un régimen de reducción de la suma de la garantía y se exigiera que se presentaran documentos certificando la suma exigible.

88. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a saber si la denegación de una reclamación de pago indebida debía, conforme al artículo 17 junto con el artículo 19, ser obligatoria o discrecional. La idea de que fuera discrecional encontró eco, en particular porque preocupaba que el criterio de obligatoriedad acentuara la incertidumbre de si los conceptos de fraude y abuso de derecho estipulados en la variante D se interpretarían con arreglo al derecho aplicable al negocio subyacente o al aplicable a la carta de garantía. Prevalció la tesis de que, conforme a la decisión respecto del artículo 17, la denegación debía ser obligatoria en los casos de fraude manifiesto o de abuso contemplados por el artículo 19. Se dijo que ese criterio tenía también la ventaja de evitar la incertidumbre que habría si la obligación del solicitante de la garantía de reembolsar al garante se hiciera depender del debido ejercicio de la discreción en esos casos por parte del garante.

89. El Grupo de Trabajo convino en que el caso de la carta de contragarantía debía estar comprendido en el artículo 19. Se observó que el fraude en el contexto de la contragarantía podía girar en torno de la contragarantía misma, por ejemplo, cuando se hiciera una reclamación de pago en virtud de la carta de contragarantía sin que hubiera una reclamación en virtud de la carta de garantía indirecta. En otros casos podía haberse hecho el pago conforme a la carta de garantía indirecta pero estar viciado por fraude del beneficiario último.

90. En cuanto a la formulación relativa a las cartas de contragarantía que figuraba en el inciso *e*) del párrafo 2 de la variante B, se sugirió que se reformulara el criterio en ese párrafo a fin de tener más en cuenta las diferencias de los derechos nacionales en cuanto al margen de acción que se daba al garante al que se le reclamara indebidamente el pago. El Grupo de Trabajo examinó las tres variantes estipuladas en el inciso *e*) del párrafo 2 en cuanto a las circunstancias en las cuales el artículo 19 se aplicaría en el contexto de las contragarantías. Las variantes X e Y hicieron sentir alguna vacilación, en particular porque contenían términos de significado incierto, incluidos los de “connivencia”, “mala fe” y “debida diligencia profesional”. En cuanto a la variante Y se opinó que la referencia a la falta de ejercicio de la debida diligencia profesional podía sugerir que el

garante tenía que realizar algo más que un examen de la reclamación de pago. Se consideró preferible el criterio restante, en la variante Z, que evitaba el uso de términos inciertos. Se observó que se había omitido inadvertidamente la palabra “no” antes de las palabras “esté [facultado] [obligado]”.

91. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el artículo 19 conforme a la preferencia que se había expresado por el criterio seguido en la variante D. Como se había dicho, la disposición se referiría a los casos en que la falta de procedencia de la reclamación era clara y carente de ambigüedad o indudable para el garante. También evitaría definir términos como los de “fraude” y “abuso de derecho”, porque ponía el acento en describir la reclamación indebida y tenía en cuenta los distintos tipos de instrumentos y sus diferentes finalidades. En la disposición, además, se tendrían en cuenta las cartas de contragarantía, tomando algunos de sus atributos del inciso e) del párrafo 2 de la variante B, incluida la esencia de la variante Z de ese párrafo.

Artículo 20. Compensación

92. El texto del proyecto de artículo 20 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

Variante A: De no haberse convenido [expresamente] otra cosa entre las partes, el garante no podrá invocar ningún crédito, a título de compensación, contra una reclamación de pago fundada en la carta de garantía.

Variante B: De no haber convenido las partes otra cosa y a reserva de lo dispuesto en la ley de quiebras, el garante podrá satisfacer su obligación de pago fundada en una carta de garantía por vía de compensación con cualquier crédito que no le haya sido cedido por el solicitante de la garantía con tal de que el crédito del garante sea [líquido y] cierto o no controvertido.

Variante C: De no haber convenido las partes expresamente otra cosa, el garante no podrá satisfacer su obligación de pago fundada en la carta de garantía mediante su compensación con algún crédito suyo, salvo que:

a) el beneficiario sea insolvente; o

b) la carta de garantía tenga por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación financiera o de pago del solicitante de la garantía o del garante que pueda ser satisfecha mediante compensación con el crédito del garante.”

93. Al igual que en el caso del 15.º período de sesiones, se expresaron opiniones divergentes sobre la cuestión de si la ley uniforme debía incluir una disposición sobre compensación. En apoyo de la eliminación del artículo 20, se hizo referencia a las divergencias existentes entre las leyes nacionales respecto del grado en que la compensación estaba permitida. Por ejemplo, en algunos países la compensación se permitía solamente en los casos de quiebra. Dada la diversidad existente, una norma incluida en la ley uniforme estaría sin duda en contradicción con la jurisprudencia y las leyes de un cierto número de países. Como factores favorables a la eliminación del artículo 20 se indicó también la frecuencia relativamente escasa con que los casos de compensación surgían en el contexto de la garantía y el hecho de

que la compensación podía considerarse solamente como un método de ejecución del pago con arreglo a la carta de garantía.

94. La opinión prevaleciente fue favorable a la conservación de una disposición sobre compensación en la ley uniforme. Se observó que la solución clara de la cuestión de la compensación era importante para la integridad de la carta de garantía. La compensación era un recurso extrajudicial frecuentemente utilizado que no debía quedar fuera del ámbito de aplicación de la ley uniforme. La inclusión de una norma basada en el consenso común fomentaría la armonización y la uniformidad; por el contrario, la ausencia de una norma de esa índole en la ley uniforme podría contribuir a la incertidumbre y la falta de lógica. Se estimó también que una norma de esa índole tendría el beneficio de aclarar cuestiones a que no hiciesen referencia las leyes de todos los Estados, por ejemplo, si se permitía al garante invocar, a título de compensación, un crédito cedido al garante por el solicitante de la garantía.

95. Por lo que se refiere al contenido de la norma sobre compensación, se expresó la opinión de que debía escogerse la variante A, que prohibía la compensación, si bien modificada para permitir la compensación en los casos de quiebra del beneficiario. La justificación de la prohibición de la compensación era que la carta de garantía era esencialmente un sustituto de la colocación de dinero en depósito, por lo que el pago debía efectuarse al llegar la fecha de vencimiento. Se hizo también referencia a fallos judiciales que prohibían la compensación en la esfera análoga de los créditos documentarios y a la incertidumbre que podría afectar a los titulares de garantías reales sobre el importe de la garantía en caso de preverse la compensación.

96. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue que el intento de prohibir la compensación no reflejaría la práctica y reduciría la aceptabilidad de la ley uniforme. Con arreglo a esa opinión, la compensación no era incompatible con los fines de la carta de garantía y el enfoque permisivo de la variante B era por ello preferible. Se sugirió también que la ausencia de la compensación originaría dificultades relacionadas con el rastreo de bienes y podría aumentar el número de los casos de doble pago. El Grupo de Trabajo expresó también su apoyo a la prohibición de la compensación con créditos cedidos al garante por el solicitante de la garantía, contenida en la variante B. Se estimó que una compensación de esa índole estaría en contradicción con el propósito de la carta de garantía y con el principio de independencia. Una cuestión relacionada se refería al modo en que había de definirse el concepto de créditos del solicitante, por ejemplo, si incluiría los créditos de una empresa en la que el solicitante tuviese un interés.

97. Se expresaron opiniones divergentes sobre algunos aspectos de la variante B. Se expresó algo de apoyo a la referencia que figura al final de la variante B al carácter líquido, cierto o no controvertido de los créditos que podrían ser objeto de compensación. Hubo numerosas recomendaciones de que se eliminasen esas palabras, alegándose que los aspectos detallados de la compensación eran objeto de las leyes nacionales y que no había necesidad de referirse a ellos en la ley uniforme corriendo el riesgo de un conflicto con el derecho nacional.

98. Se informó de que en las leyes de algunos países la compensación estaba restringida a los créditos del garante derivados de la misma transacción que el crédito del beneficiario. Aunque se expresó algo de apoyo a una restricción de esa índole en la ley uniforme, se estimó en general que la cuestión debía dejarse a las normas generales sobre compensación de cada país. Se sugirió que tal vez conviniera indicar que la compensación debía oponerse a una parte que reclamase el pago. Una limitación de esa índole sería necesaria para hacer frente a los casos de asignación o transferencia de la carta de garantía. Una norma de esa índole prohibiría, por ejemplo, que un garante invocase, a título de compensación, un crédito contra el beneficiario original frente al destinatario de la transferencia.

99. Después de un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisase el artículo 20 en armonía con la preferencia que se había expresado en favor de la variante B.

Capítulo V. Medidas judiciales provisionales

Artículo 21. Mandamiento conminatorio preventivo contra el garante

100. El texto del proyecto de artículo 21 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) Cuando, en una demanda del solicitante de la garantía,

Variante A: se presentasen a un tribunal competente pruebas que constituyan presunciones legales claras de que

Variante B: se presentase una prueba clara y positiva a un tribunal jurisdiccionalmente competente de que

Variante C: se desprendiera claramente de los documentos que se adjunten, como [declaraciones escritas de testigos] [*affidavits*], que

una reclamación hecha por el beneficiario [o que se prevé que el beneficiario va a hacer] es indebida, el tribunal podrá dictar un mandamiento preventivo conminando al garante a que no satisfaga la reclamación [o a que no cargue la cantidad en la cuenta del solicitante de la garantía], siempre que [el tribunal esté convencido de que] la negativa a dictar dicho mandamiento cause [causaría] al solicitante de la garantía [graves daños] [pérdidas irreparables] [manifiestamente] más importantes que la pérdida que podría resultar para el beneficiario como consecuencia de dicho mandamiento.

2) Antes de adoptar una decisión sobre la demanda del solicitante de la garantía, el tribunal [podrá oír al garante] [ofrecerá al garante la oportunidad de ser escuchado]. También podrá [si lo permite su ley procesal] considerar la conveniencia de escuchar al beneficiario o de permitir al solicitante de la garantía que solicite medidas cautelares contra el beneficiario en cuanto responsable subsidiario.

3) El mandamiento a que se refiere el párrafo 1 de este artículo sólo tendrá validez por un período determinado de tiempo no superior a [seis] meses. La ampliación de ese período podrá supeditarse al requisito de la iniciación por el solicitante de la garantía de un proceso que no sea el meramente preventivo contra el garante o el beneficiario.

4) El tribunal podrá condicionar el efecto del mandamiento a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo a que el solicitante de la garantía proporcione seguridades que el tribunal estime adecuadas."

Observaciones

101. El Grupo de Trabajo observó que el artículo 21 y los otros dos artículos del presente capítulo eran de carácter especialmente preliminar y tenían por fin reflejar las distintas opiniones expresadas en el 15.º período de sesiones y facilitar el examen adicional del Grupo de Trabajo respecto de la cuestión de si convenía que la ley uniforme hiciera referencia a las medidas judiciales provisionales, en particular el mandamiento conminatorio preventivo, y del modo en que debía hacerlo.

102. Al igual que en el caso del 15.º período de sesiones, se expresaron distintas opiniones sobre la cuestión de los mandamientos conminatorios preventivos. Hubo cierta vacilación con respecto a la incorporación del artículo 21 y las disposiciones anexas, particularmente en la medida en que contenían normas de procedimiento que diferían de uno a otro Estado y que tal vez conviniese dejar para el derecho local. Se sugirió que la aceptabilidad de la ley uniforme se reduciría si impusiese a las cámaras legislativas la perspectiva de tener que modificar las normas establecidas en materia de mandamientos conminatorios para una esfera particular del derecho. Se observó también que el tipo de interdicto previsto en el proyecto de artículos era desconocido en algunos Estados. Habida cuenta de lo anterior, se sugirió que los artículos en cuestión se suprimiesen o que al menos se dirigiesen solamente a aquellos Estados en los que los interdictos eran una medida reconocida.

103. A favor de la conservación de una disposición sobre interdictos, se observó que una disposición de esa índole formaba parte integrante de las disposiciones de la ley uniforme que hacían referencia al fraude y al abuso. Se sugirió también que el proyecto de artículos no tenía la finalidad de originar cambios drásticos en los procedimientos nacionales actuales, pero se dijo por otra parte que, precisamente debido a la diversidad de los enfoques nacionales, la inclusión de las disposiciones de que se trataba en la ley uniforme tendría un efecto beneficioso. Se dijo que en la medida en que el procedimiento de interdicto no existiese en algunos Estados, la conservación de las disposiciones sobre interdictos tendría el beneficio de suministrar orientación a esos Estados en la formulación de disposiciones de esa índole. Se dijo que, tanto con respecto a esos Estados como al problema de la diversidad de los enfoques nacionales, la inclusión de disposiciones sobre interdictos preventivos sería beneficiosa para la uniformidad internacional y para la protección de la integridad de la carta de garantía. Se observó también que el examen del artículo 21 se hallaba dificultado por la incertidumbre relativa a la cuestión de si la forma final de la ley uniforme sería una convención o una ley modelo.

Párrafo 1

104. El Grupo de Trabajo examinó tres variantes en el párrafo 1 relativas al principal recaudo que el solicitante de la garantía tendría que cumplir a fin de obtener un mandamiento conminatorio. El primer criterio, expuesto en la

variante A, que exigía que el solicitante de la garantía presentara pruebas que constituyeran presunciones legales claras, fue objeto de crítica porque se lo consideró demasiado impreciso. La variante B, que hablaba de la prueba clara y positiva, se consideró un recaudo más estricto y, por lo tanto, encontró mayor apoyo. Con todo, se expresaron reservas en cuanto al uso de la expresión “prueba clara y positiva”, que acaso no fuera ampliamente entendida. La variante C, que hablaba de que se desprendiera claramente de los documentos que la reclamación era indebida, si bien obtuvo algún respaldo, fue considerada en general demasiado estricta y potencialmente contraria al interés de la justicia. En particular, bien podría no ser aconsejable que en las actuaciones judiciales se limitara la prueba documental a la forma en que las partes pudieran probar que la reclamación era indebida. Se planteó también el interrogante de si sería apropiado referirse a declaraciones escritas de testigos, en vista de que esos actos no eran muy conocidos en algunos regímenes jurídicos. Hubo un considerable grado de interés en la propuesta de combinar las variantes B y C, de modo de disponer que el solicitante en su petición debía demostrar en forma manifiesta que la reclamación era indebida.

105. En el curso del examen de las variantes del párrafo 1 se formularon diversas observaciones, incluidas las siguientes: que, en vista en particular de la diversidad de los regímenes jurídicos nacionales, las disposiciones que en la ley uniforme se estatuyeran respecto de los mandamientos conminatorios preventivos debían ser de naturaleza general y esquemática, dejando un margen suficiente de flexibilidad y evitando restringir el acceso de las partes a la justicia; que debía estipularse con abundante claridad que los mandamientos conminatorios preventivos sólo podrían dictarse en los casos estrictamente limitados que recayeran dentro de la categoría de “reclamación indebida” que se enunciaba en el artículo 19 y que acaso el nexo con el artículo 19 bien tendría que ser más explícito que en el proyecto actual; que no se percibía con claridad la significación de las referencias al tribunal competente, y que tanto al artículo 21 como al 22 se les debía aplicar el mismo criterio de prueba.

106. El Grupo de Trabajo examinó a continuación la cuestión relativa a saber si en el artículo 21 debía permitirse que el solicitante de la garantía entablara instancia para solicitar un mandamiento conminatorio preventivo antes de que se hubiera presentado una reclamación. Se instó a eliminar esa hipótesis porque se dijo que esas peticiones de interdictos preventivos ampliarían en grado excesivo el ámbito de los interdictos dentro de la ley uniforme. Se señaló también que habría diferencias entre jurisdicciones en cuanto a la disposición de los tribunales a dictar esos mandamientos preventivos. Por otra parte, se dijo que el lapso por lo común breve que transcurría entre la reclamación y el pago hacía que no fuera atinado que se privara del recurso al mandamiento conminatorio preventivo creyendo, sin embargo, que todavía se dejaba al solicitante de la garantía un recurso eficaz. Se hizo ver que esa premura del plazo se acentuaría si el Grupo de Trabajo decidiera en definitiva, en el contexto del artículo 15, que no debía darse aviso al solicitante de la garantía de la reclamación de pago. Se dijo también que debería eliminarse la referencia al cargo contra la cuenta del solicitante de la garantía como uno de los actos a los que podría oponerse el interdicto. Esa opinión se fundamentó en la preocupación de que si el garante hubiera pagado de

buena fe el tribunal no debía injerirse para oponerse a que se cargara la cantidad a la cuenta del solicitante de la garantía.

107. Se expresaron opiniones diferentes en cuanto a la conveniencia de conservar la redacción del párrafo 1 *in fine* relativa al juicio que debería formarse el tribunal respecto del daño relativo que podría causar a las partes que se les denegara el interdicto. En favor de eliminar ese texto se adujo que la norma estipulada en el artículo 21 podría ser contraria a los distintos criterios para hacer esa determinación que existían en la práctica y que primordialmente incumbía al solicitante de la garantía la responsabilidad de evaluar los riesgos inherentes al uso de las cartas de garantía. Los partidarios de conservar la disposición dijeron que tendría el efecto deseado de restringir el recurso a los mandamientos conminatorios preventivos y sería propicio a la armonización. Se señaló también que la decisión del tribunal de conceder un mandamiento conminatorio podría balancearse con la exigencia de que el solicitante de la garantía diera fianza.

108. El Grupo de Trabajo examinó diversas formas de ampliar el ámbito del artículo 21. La primera fue una propuesta de ampliar el artículo a fin de incluir medidas provisionales distintas de los mandamientos conminatorios preventivos, por ejemplo, la confiscación o embargo preventivos de los bienes. Se observó que en las leyes de algunos Estados, si bien no se autorizaban los mandamientos conminatorios preventivos, sí se autorizaba el embargo. Se expresaron dudas en cuanto a la conveniencia de disponer sobre el embargo, en especial porque no se advertía con certeza si el embargo se podría o no aplicar de manera uniforme a bienes intangibles como la obligación de pagar en virtud de una carta de garantía o el derecho de reclamar el pago. También se sugirió que en el artículo 21 debería prohibirse la cláusula, que a veces se incluía en las contragarantías, para exigir que el contragarante pagara incluso cuando un tribunal hubiera prohibido el pago. Con todo, también se propuso que el artículo 21 incluyera una disposición relativa a la acción del garante frente a una petición de mandamiento conminatorio. Se observó que la práctica variaba según los Estados en cuanto a la medida en que el garante participara en la defensa contra una petición de mandamiento conminatorio preventivo.

109. Se expresaron pareceres divergentes en cuanto a saber si la ley uniforme debía comprender los interdictos que no se sustentaran en una reclamación indebida, sino en otras objeciones al pago, por ejemplo, la inexistencia, invalidez o inexigibilidad de la carta de garantía. Se opinó que el artículo 21 debía ampliarse de modo de incluir esas objeciones y que las peticiones de interdictos debían sujetarse a los mismos requisitos, en particular el aspecto de la prueba. Se opinó también que debía haber la posibilidad de dictar un interdicto como medida extraordinaria en el caso extraordinario de una reclamación indebida y que sería particularmente perjudicial que se dictara un interdicto por falta de conformidad de los documentos. Por otro lado, se dijo que la ley uniforme sólo debía ocuparse de los interdictos sustentados en reclamaciones indebidas, dejando que la cuestión de los interdictos basados en otras objeciones al pago se atendiera en otras disposiciones del derecho procesal nacional. El Grupo de Trabajo, tras una deliberación, pidió a la

Secretaría que preparara proyectos de disposiciones que reflejaran esas tres tesis, a fin de volver a examinarlos en un futuro período de sesiones.

Párrafo 2

110. El Grupo de Trabajo intercambió opiniones acerca de si la aplicación de un mandamiento conminatorio preventivo debía tratarse en un procedimiento en que sólo comparecía una de las partes o si debía darse al garante, y tal vez al beneficiario, la oportunidad de ser oído. Según una opinión, era imperativo que se diera a ambas partes la oportunidad de ser oídos y que no se dejara el asunto a discreción del juez. Según otra opinión, debido a las restricciones de tiempo, no sería pragmático imponer una exigencia absoluta de que se diera audiencia al garante y tal vez al beneficiario. Se sugirió que las circunstancias de cada caso individual debían determinar la naturaleza del procedimiento. Otra sugerencia consistió en dar cabida a la práctica de decretar mandamientos preventivos provisionales en procedimientos en que sólo comparecía una de las partes.

111. Hubo diferentes opiniones también con respecto a la inclusión de una referencia a un mandamiento conminatorio contra el beneficiario en cuanto responsable subsidiario. Se sugirió en particular que una maniobra de ese tipo podría hallar dificultades jurisdiccionales.

Párrafo 3

112. Se planteó la cuestión de si procedía que el artículo 21 contuviera el grado de detalle procesal que figuraba en el párrafo 3. Se dijo que la respuesta dependía en cierta medida de si la forma definitiva de la ley uniforme habría de ser la de una convención o la de una ley modelo.

Párrafo 4

113. Hubo apoyo para la inclusión de una disposición con los lineamientos generales del párrafo 4, en particular por cuanto ayudaba a destacar el carácter serio y extraordinario de un mandamiento que, basado en la solicitud del solicitante de la garantía, interrumpía el proceso de pago previsto con arreglo a la carta de garantía. Se sugirió que la ley uniforme requiriera que el solicitante de la garantía proporcionara seguridades en todos los casos, pero esa sugerencia no contó con apoyo amplio, predominando la opinión de que era mejor dejar el asunto entregado a la discreción del tribunal.

114. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el artículo 21 de manera de reflejar el debate que había tenido lugar. El artículo revisado se ocuparía en forma menos extensa de los detalles procesales que las actuales disposiciones de los párrafos 2 a 4.

Artículo 22. Mandamiento conminatorio preventivo contra el beneficiario

115. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 22, redactado de la manera siguiente:

“1) Cuando, en una demanda del solicitante de la garantía, se presentasen a un tribunal competente pruebas que constituyan presunciones legales claras de que una

reclamación hecha por el beneficiario es indebida, el tribunal podrá ordenar al beneficiario que no acepte el pago o que retire su reclamación o, si se prevé que va a hacer dicha reclamación, que no la haga, siempre que la negativa a dictar dicha orden cause al solicitante de la garantía daños graves que sean más importantes que la pérdida que podría resultar para el beneficiario como consecuencia de dicho mandamiento.

2) Antes de tomar una decisión sobre la demanda del solicitante de la garantía, el tribunal [podrá escuchar al beneficiario] [ofrecerá al beneficiario la oportunidad de ser escuchado].

3) El mandamiento a que se refiere el párrafo 1 de este artículo sólo tendrá validez por un período determinado de tiempo no superior a [seis] meses. La ampliación de ese período podrá supeditarse al requisito de la iniciación por el solicitante de la garantía de un proceso que no sea el meramente preventivo contra el beneficiario. [Si un mandamiento dirigido al beneficiario para que se abstenga de hacer una reclamación fuera anulado o de cualquier otra forma perdiera su validez, se considerará ampliado el período de validez de la carta de garantía para permitir al beneficiario que haga la reclamación [diez] días después de su vencimiento.]

4) El tribunal podrá condicionar el efecto del mandamiento a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo a que el solicitante de la garantía proporcione seguridades que el tribunal estime adecuadas.”

116. Hubo acuerdo en general en que, si la ley uniforme contuviera normas sobre los mandamientos conminatorios preventivos contra el beneficiario, esas normas, particularmente en cuanto a la norma requerida respecto de la prueba, debía ser paralela a las normas que figuraban en el artículo 21 respecto de los mandamientos conminatorios preventivos contra el garante. Se dijo que una característica importante de la ley uniforme consistiría en establecer un “campo nivelado de juego”, es decir, dar igual tratamiento tanto al garante como al beneficiario. A ese respecto hubo acuerdo en que debía tratarse de fusionar las disposiciones del artículo con las del artículo 21 y reducir los detalles procesales reglamentados en los párrafos 2 a 4.

117. En cuanto al fondo del artículo, se dijo que las normas relativas a los mandamientos conminatorios preventivos contra el beneficiario no eran muy comunes en la legislación nacional y que tal vez sería difícil que los legisladores nacionales permitieran que el solicitante de la garantía solicitara un mandamiento judicial contra el beneficiario, es decir, hacer posible que el solicitante de la garantía interviniera en el contexto de una relación entre el garante y el beneficiario en la que el solicitante de la garantía no era parte. Se dijo además que en los casos en que el beneficiario residiera en un país extranjero la disposición tendría escaso uso. Se respondió que la disposición podía sin embargo ser útil, particularmente en situaciones en que el mandamiento sería eficaz y reconocido. Se indicó además que se justificaba en cierto grado prever la mitigación que ofrecía el mandamiento dentro de la relación (entre el solicitante de la garantía y el beneficiario) en que tendería a hallarse la raíz de la controversia.

118. Se observó que la decisión dependería en cierta medida de una decisión que estaba aún por adoptarse en cuanto a si la ley uniforme asumiría la forma de una convención o la de una ley modelo. El Grupo de Trabajo, tras deliberar, acordó reconsiderar el asunto en un futuro período de sesiones sobre la base de un proyecto que prepararía la Secretaría atendidas las deliberaciones anteriores.

Artículo 23. Principios relativos a los procedimientos preventivos

119. El texto del proyecto de artículo 23 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[1] El solicitante de la garantía o el beneficiario podrán solicitar a un tribunal competente medidas cautelares contra el garante, y el solicitante de la letra y el garante contra el beneficiario, incluso si el establecimiento comercial del solicitante no se encuentra en ese Estado.

2) El tribunal dará [se esforzará por dar] rápido curso a la demanda de medidas cautelares [y [tendrá] [se esforzará por tener] debidamente en cuenta el carácter especial de la carta de garantía.]”

120. Se señaló que el proyecto de artículo tenía por objeto enunciar dos principios, a saber, el de libre acceso a los tribunales de los solicitantes del Estado de que se trate o de otro Estado para pedir medidas cautelares y el de apelación para acelerar los procedimientos relativos a las medidas cautelares. Se formularon reservas en cuanto al término “tribunal competente” y al alcance de la disposición que, al contrario de los artículos 21 y 22, abarcaba no sólo las solicitudes del solicitante de la garantía sino también las del garante y el beneficiario.

121. Si bien se expresó apoyo a los principios subyacentes en el proyecto de artículo, se consideró en general que no era necesario mantener el proyecto de artículo en la ley uniforme. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el proyecto de artículo.

Capítulo VI. Jurisdicción

Examen preliminar de la conveniencia de incluir en la ley uniforme disposiciones relativas a la jurisdicción

122. Al principio, se explicó que los proyectos de artículo 24 y 25 reflejaban en cierta medida la incertidumbre que existía respecto a la forma que iba a adoptar la ley uniforme y a la medida en que debían incluirse en dicha ley cuestiones de competencia. Mientras que el estilo del artículo 25 y del párrafo 3 del artículo 24 era el de una ley modelo, los párrafos 1 y 2 del artículo 24 recordaban a las convenciones. Ante todo, los proyectos de artículo no incluían cuestiones secundarias importantes, como el reconocimiento y la ejecución, la situación de cosa juzgada y el sobreseimiento, que sería más apropiado tratar en una convención que en una ley modelo.

123. Se sugirió que toda futura disposición sobre cuestiones de competencia en la ley uniforme debería ser com-

patible con instrumentos internacionales tales como la Convención concerniente a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial (Bruselas, 1968) y la Convención concerniente a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial (Lugano, 1988). Se vio que sería difícil, si no imposible, que un Estado que se hubiera adherido a alguna de esas convenciones pudiese aceptar normas distintas y que esa dificultad podría determinar la posición que iba a adoptar respecto a la cuestión general de si debían incluirse en la ley uniforme disposiciones sobre la jurisdicción. Se sugirió que los gobiernos de esos Estados podrían examinar este conflicto potencial y la cuestión de la compatibilidad de fondo, y que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado podría contribuir a ese examen. Se propuso también que la ley uniforme no incluyese disposiciones sobre la jurisdicción puesto que todos los Estados podían adherirse a las convenciones antes mencionadas, aun cuando éstas se hubiesen formulado en el plano regional.

124. En respuesta a esos planteamientos, se dijo que, debido a la composición universal del Grupo de Trabajo, era preciso tener debidamente en cuenta los intereses de los muchos Estados que no se habían adherido a una determinada convención regional. Se sugirió que la Comisión examinara en un contexto más amplio, no limitado al ámbito específico de las cartas de garantía, la relación entre unificación universal y regional y debatiera la conveniencia y la viabilidad de establecer un marco universal para las cuestiones de competencia, sobre la base de las convenciones pertinentes que tratan esos asuntos en el plano regional. En lo que respecta a incluir en la ley uniforme disposiciones sobre la jurisdicción, se sugirió que tales disposiciones se limitaran a cuestiones esenciales de pertinencia en el contexto de la garantía con arreglo a lo dispuesto en los proyectos de artículos 24 y 25. Si bien era el Grupo de Trabajo el que tenía que formular tales disposiciones, debido a su estrecha relación con disposiciones de fondo y de procedimiento de la ley uniforme, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado podría contribuir de manera útil a esa labor a nivel de la Secretaría y, si así se acordaba, en un período de sesiones del Grupo de Trabajo con participación adicional o conjunta.

Artículo 24. Elección del tribunal o de la vía arbitral

125. El texto del proyecto de artículo 24 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Las partes podrán, en la carta de garantía o mediante acuerdo celebrado en la forma mencionada en el párrafo 1 del artículo 7, designar competente a un tribunal o a los tribunales de un determinado Estado para conocer de los litigios que hubieren surgido o pudiesen surgir en relación con la carta de garantía, o estipular que esos litigios se diriman por arbitraje.

2) Si las partes hubieran designado a un tribunal o a los tribunales de un determinado Estado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, sólo será competente el tribunal o tribunales designados.

3) Lo dispuesto en los anteriores párrafos de este artículo no constituirá obstáculo a la competencia de los tribunales de ese Estado en materia de adopción de medidas provisionales o protectoras.”

Párrafo 1

126. El Grupo de Trabajo recordó la decisión adoptada en su 15.º período de sesiones de que debían permitirse cláusulas sobre el arbitraje o la elección del foro (A/CN.9/345, párrafo 107). En cuanto a las cláusulas sobre la elección del foro, hubo un debate acerca de si la libertad de elección de las partes debía ser ilimitada, como se disponía actualmente en el artículo 24, o si el tribunal elegido por las partes debía tener cierta conexión con la operación de la carta de garantía. Si bien la posición favorable a exigir cierta conexión o excluir una elección poco razonable logró cierto apoyo, en general se consideró que la libertad de las partes debía ser ilimitada porque cualquier clase de limitación crearía una incertidumbre no deseable y porque podía haber una necesidad práctica de permitir a las partes que eligieran un foro que no tuviese conexión con la operación, por ejemplo, por considerarlo neutral. También se dijo que la libertad ilimitada de elección sería más compatible con el principio general de la autonomía de las partes expresado en la ley uniforme. Se observó que el reconocimiento ilimitado de las cláusulas sobre la elección del foro no impedirían al tribunal designado declinar el ejercicio de la competencia en los casos apropiados, como estaba previsto en el párrafo 1 del artículo 25. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió mantener el párrafo.

Párrafo 2

127. Se explicó que el párrafo 2 se basaba en una disposición similar del artículo 17 de la Convención concerniente a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial (Bruselas, 1968). Si bien hubo alguna opinión favorable a la conservación del párrafo sobre la base de que debía darse el mayor reconocimiento posible a la autonomía de las partes, se expresaron profundas reservas al reconocimiento de las cláusulas sobre la competencia exclusiva de los tribunales. Se dijo que tales cláusulas eran rechazadas en varias jurisdicciones. También se dijo que el reconocimiento de esas cláusulas de prórroga podría ser peligroso si no iba acompañado del reconocimiento de las decisiones de los tribunales extranjeros. Se puso como ejemplo la situación en que una decisión de un tribunal designado con competencia exclusiva en un determinado país podía no ser aplicable, por falta de reconocimiento, en el país donde estaban ubicados los bienes del demandado. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo.

Párrafo 3

128. Se explicó que el párrafo 3 se basaba en el párrafo 3 del artículo 21 de las Reglas de Hamburgo y reflejaba un criterio adoptado también por el Convenio de Bruselas de 1968 y la Convención de La Haya de 1965 sobre la elección del foro (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.71, párrafo 49). No se puso ninguna objeción al texto del párrafo y el Grupo de Trabajo decidió mantenerlo en la ley uniforme.

Artículo 25. Determinación de la competencia

129. El texto del proyecto de artículo 25 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) De no haberse estipulado otra cosa de conformidad con el párrafo 1 del artículo 24 [o si el tribunal designado de otro Estado declina el ejercicio de la competencia], los tribunales de ese Estado [podrán ejercer su] [tendrán] competencia en los litigios entre el garante y el beneficiario relativos a la carta de garantía si [la carta de garantía fue emitida] [el garante tiene su domicilio comercial, en el lugar en que fue emitida la carta de garantía], en el territorio de ese Estado.

2) Los tribunales de ese Estado podrán también conocer de una demanda presentada por el solicitante de la garantía para que se dicte un mandamiento preventivo contra el garante [o el beneficiario] si la carta de garantía fue emitida en ese Estado.”

130. En lo que respecta al contenido del párrafo 1, es decir la determinación de la competencia a falta de una elección por las partes en la situación en que el tribunal designado decline el ejercicio de la competencia, se estimó en general que esa disposición era útil. Sin embargo, se acordó que la norma enunciada en el párrafo no debía interpretarse en el sentido de que establecía una competencia exclusiva de los tribunales, por razones similares a las expresadas al examinar el artículo 24.

131. Se señaló al principio que, si bien el alcance del artículo 24 se limitaba a la relación entre el garante y el beneficiario, el artículo 25 tenía un alcance más amplio, ya que el párrafo 2 abarcaba también los mandamientos preventivos requeridos por el solicitante. Se recordó que el párrafo recogía una sugerencia formulada en el 15.º período de sesiones, habida cuenta de que la ley uniforme podría regular determinadas cuestiones relativas al solicitante de la garantía y posiblemente a los requerimientos judiciales dictados a instancias de ese solicitante. Sin embargo, se expresaron algunas dudas acerca de la conveniencia de mantener el párrafo, sobre todo en vista de que abarcaba los requerimientos judiciales dictados a instancias del solicitante contra el garante o el beneficiario. Si se mantenía el párrafo, debería revisarse para que fuese compatible con otras disposiciones pertinentes de la ley uniforme.

132. Tras el debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de artículo 25 revisado a la luz de las consideraciones precedentes.

Capítulo VII. Ley aplicable a la carta de garantía

Artículo 26. Elección de la ley aplicable

133. El texto del proyecto de artículo 26 examinado por el Grupo de Trabajo fue el siguiente:

“[Los derechos y obligaciones derivados de] [Los derechos, obligaciones y excepciones relativas a] una carta de garantía se regirán por [las disposiciones de] la ley

designada por las partes. La designación deberá hacerse en una cláusula al efecto de la carta de garantía o de un acuerdo celebrado por separado, o

Variante A: deducirse inequívocamente de los términos de la carta de garantía.

Variante B: resultar claramente de manifiesto de los términos de la carta de garantía [o de las particularidades de la relación entre el garante y el beneficiario].

Variante C: deducirse implícitamente de los términos de la carta de garantía.”

134. Como había ocurrido en el 15.º período de sesiones, se expresaron opiniones divergentes sobre si en la ley uniforme se incluirían o no disposiciones sobre la ley aplicable. Los que opinaban que en la ley uniforme se debería dedicar escasa o ninguna atención a esta cuestión adujeron que las cuestiones de la ley aplicable causaban dificultades en la práctica sólo en una medida limitada y que se había llegado a un consenso sobre la ley aplicable en las relaciones primarias que suponía la carta de garantía. Los partidarios de que se mantuvieran las disposiciones sobre la ley aplicable respondieron que la cuestión merecía incluirse en la ley uniforme debido, en particular, a la incertidumbre que podría provocar una multiplicidad de relaciones y leyes en juego. En general, se opinó que, si se incluyeran disposiciones sobre la ley aplicable, deberían formularse de la manera más simple posible, en consonancia con los proyectos de artículos 26 y 27.

135. Pasando a tratar la formulación concreta del artículo 26, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si era suficiente referirse, al comienzo del artículo, a los “derechos y obligaciones” derivados de la carta de garantía o si hubiera sido preferible referirse a los “derechos, obligaciones y excepciones” relativos a la carta de garantía. Algunos estimaron que la referencia adicional a las “excepciones” era útil, en tanto que otros pensaban que, si bien esa referencia podía ser inocua, era innecesaria porque la noción de “excepciones” estaba comprendida en la noción de “derechos y obligaciones”.

136. La referencia entre corchetes a las “disposiciones” de la ley designada por las partes tuvo también partidarios y oponentes. Los partidarios de que se conservara esa referencia la consideraban útil porque se interpretaría como una afirmación de la libertad contractual de las partes a hacer que la carta de garantía estuviera sujeta a disposiciones no legislativas tales como las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU) o las Reglas Uniformes relativas a las garantías. La opinión prevaleciente fue que ese enfoque podría ser incompatible con la ordenación jurídica interna de diversos Estados y que, en consecuencia, el artículo 26 debería limitarse a sancionar la libertad de las partes a elegir una ley determinada.

137. Se dio apoyo al enfoque básico utilizado en el proyecto preparado por la Secretaría, en particular el reconocimiento de la autonomía de las partes. En lo que respecta a la disposición sobre designación implícita contenida en el artículo 26, se expresó la opinión de que esa disposición provocaría incertidumbre y que en consecuencia debía eliminarse. Se formuló la sugerencia de que el artículo 21 debía armonizarse con la formulación utilizada en la Con-

vención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980). En respuesta, se señaló que, si bien la Convención existía, en particular, con miras a su aplicación regional, el propósito de la ley uniforme era proporcionar una norma uniforme de aplicación universal. Se señaló también que se abrigaban ciertas dudas sobre la aplicabilidad de esa Convención a las garantías y cartas de crédito continentales y que, por lo tanto, podría ser preferible utilizar una formulación en la que se tuvieran expresamente en cuenta las cartas de garantía. Los miembros del Grupo de Trabajo convinieron en que intentarían reunir información adicional sobre la forma en que las disposiciones de la ley uniforme sobre el derecho aplicable funcionarían en relación con cualquier tipo de convenciones sobre conflictos de leyes. Se observó, además, que la forma final que revestiría la ley uniforme tenía pertinencia para la evaluación de las disposiciones del capítulo VII.

138. De las tres variantes relativas a la forma en que podría hacerse la designación, la variante A fue la que mereció el mayor grado de apoyo, particularmente entre quienes hubieran preferido que el artículo 21 quedara totalmente excluido de la ley uniforme. Un rasgo atractivo de esa variante era que estaba directamente vinculada a los términos de la carta de garantía. Sin embargo, la variante A fue objeto de algunas reservas basadas en el argumento de que constituía una norma demasiado estricta. La variante B mereció algunas reservas debido a la referencia a las particularidades de la relación entre el garante y el beneficiario. Se expresaron también ciertas dudas sobre la viabilidad de abarcar en una sola fórmula las diversas situaciones comprendidas en la ley uniforme, en algunas de las cuales podrían entrar en juego las leyes de diversos Estados. Se expresó también la opinión de que el examen de las exposiciones sobre la ley aplicable ponía de relieve la importancia de decidir en qué medida se tratarían en la ley uniforme las relaciones distintas de la relación entre el garante y el beneficiario.

139. Después de un debate, el Grupo de Trabajo decidió conservar el artículo 26, decisión que estaría sujeta a un examen ulterior. Se pidió a la Secretaría que, al proceder a revisar el artículo, tuviera en cuenta el apoyo que había merecido el principio de la autonomía de las partes, eliminara la referencia a las “disposiciones” e incorporara la variante A. El Grupo de Trabajo convino también en que la Secretaría debería seguir manteniendo contactos e intercambiar información con la secretaria de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en lo referente a la elaboración de disposiciones de la ley uniforme relativas a la ley y la jurisdicción aplicables y considerar, si procediera, otras formas de cooperación posibles. Se opinó también que las cuestiones de la ley aplicable privativas de la carta de garantía no parecían justificar que se considerasen en una convención separada y que podrían incorporarse de manera apropiada a la ley uniforme disposiciones breves y sencillas en consonancia con los proyectos de artículos 26 y 27.

Artículo 27. Determinación de la ley aplicable

140. El texto del proyecto de artículo 27 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“A falta de elección por las partes de conformidad con el artículo 26, [los derechos y obligaciones derivados de]

[los derechos, obligaciones y excepciones relativas a] una carta de garantía se regirán por la ley del Estado en que el garante tenga su establecimiento comercial o, caso de que tenga más de un establecimiento comercial, en que el garante tenga el establecimiento comercial en el que se hubiera emitido la carta de garantía. [Sin embargo, si de acuerdo con la carta de garantía el examen de la demanda y de cualesquiera documentos requeridos se realizase en otro Estado, se aplicará, salvo acuerdo específico en contrario, la ley de ese Estado al grado de diligencia y de responsabilidad exigibles en dicho examen.]”

141. No se puso ninguna objeción al enfoque básico del artículo 27, que disponía que, cuando las partes no hubiesen designado una ley aplicable, lo fuese la ley del lugar donde el garante tuviese su domicilio comercial (o del lugar de emisión si el garante tenía más de un domicilio comercial). Se plantearon algunas cuestiones, sin embargo, acerca de la necesidad de exponer esta norma en la ley uniforme, en particular porque ya era generalmente reconocida.

142. Se intercambiaron diferentes opiniones acerca de la conveniencia de mantener la segunda frase del artículo 27, que disponía que, cuando el examen de la demanda de pago tuviera lugar en un país que no fuese el del garante, la ley de ese otro país determinara el grado de diligencia y de responsabilidad exigibles en el examen. Se puso en tela de juicio la necesidad de esa disposición habida cuenta de que la ley uniforme ya establecía, en el artículo 16, un grado de diligencia para el examen y por lo tanto era innecesario incluir también una norma de colisión de derechos sobre este punto. Se señaló, sin embargo, que la inclusión del grado de diligencia en una disposición sustantiva tan sólo podría tener el efecto apetecido si la ley uniforme se hacía en forma de convención.

143. Se observó que en este caso, al igual que en otras disposiciones de la ley uniforme, la intención era abarcar las cartas de contragarantía, tal como se preveía en el inciso a) del proyecto de artículo 6, con el resultado de que la ley aplicable a la relación entre el contragarante y su beneficiario (es decir, el garante que emite la carta de garantía indirecta) sería la vigente en el lugar donde tiene su domicilio comercial el contragarante.

144. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió mantener el artículo 27, a reserva de que se suprimiera la segunda frase y se uniformaran las palabras iniciales con las del artículo 26.

III. FORMA FUTURA DE LA LEY UNIFORME

145. Se señaló que las opiniones expresadas acerca de la necesidad y el contenido de las disposiciones sobre la jurisdicción y la ley aplicable, así como algunos otros proyectos de artículos anteriormente examinados dependían en parte de la forma que adoptara en el futuro la ley uniforme. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo procedió a un intercambio de pareceres acerca de si el proyecto de texto debía finalmente aprobarse en forma de convención o en forma de ley modelo.

146. Había una corriente de opinión partidaria de que se adoptara la forma de ley modelo, ya que ésta daba a los Estados una mayor flexibilidad para determinar qué disposiciones del texto eran aceptables y podían incorporarse fácilmente al derecho nacional. Algo más amplio era el apoyo expresado a la idea de adoptar una convención, ya que esa solución estaba más en consonancia con el carácter de las normas previstas y favorecería la uniformidad que se consideraba esencial para el buen funcionamiento de las operaciones de cartas de garantía internacionales.

147. En vista de las continuas discrepancias acerca de la forma que habría de tener el texto, se propuso que el Grupo de Trabajo partiera del supuesto de que el texto final sería una convención sin descartar por ello la posibilidad de adoptar la solución más flexible de una ley modelo en la fase final de las deliberaciones cuando el Grupo de Trabajo tendría una visión clara de las disposiciones incluidas en el proyecto de texto. Tras el debate, el Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta, en la esperanza de que facilitara su futura labor al eliminar parte de la incertidumbre.

148. En relación con el debate acerca de la forma que habría de adoptar la ley uniforme, pero como cuestión aparte, se reiteró una preocupación ya expresada al examinar las solicitudes de “prorrogo o pague” (véase el documento A/CN.9/WG.II/XVII/CRP.1/Add.3, párrafos 8 y 9). La preocupación era, en pocas palabras, que el proyecto de texto no tenía en cuenta la diferencia existente en cuanto a la firmeza del compromiso entre las cartas de crédito contingente y las garantías bancarias a la manera europea y que podía ser inadecuado intentar conseguir una serie unitaria de normas que no harían justicia a ninguno de los dos compromisos, de los que existía una demanda en el mercado. Por lo tanto, se sugirió la posibilidad de establecer algunas disposiciones separadas que se aplicaran tan sólo a los compromisos en firme, independientemente de que la ley uniforme los denominara cartas de crédito contingentes, y se prometió, a tal efecto, facilitar a la Secretaría una lista de esas disposiciones y la información pertinente.

149. En respuesta a esa sugerencia, se adujo que el grado de firmeza no constituía un criterio válido para distinguir entre las cartas de crédito contingentes y las garantías bancarias como tales; había distintos grados de firmeza en cada una de estas categorías que habían evolucionado por separado por razones históricas. Se recordó también que, durante el debate antes mencionado, se había sugerido tener en cuenta las diferencias prácticas entre esos compromisos según su finalidad y condiciones de pago y, sobre todo, se había acordado seguir intentando formular normas de aplicación general.

IV. OTROS ASUNTOS

150. El Grupo de Trabajo decidió celebrar su próximo período de sesiones en Viena del 30 de noviembre al 11 de diciembre de 1992, siempre que así lo confirmara la Comisión en su 25.º período de sesiones.